NAZIONALE
BIBLIOTECA
Raccolta
NICOTRA
B
38
VITTORIO EM. III
NAPOLI

16h

Racc. Nicotra B. 38

Preußisches Erbrecht,

in Gloſſen zum Allgemeinen Landrecht

auf

römiſcher und germaniſcher Grundlage,

unter

Berückſichtigung der neueren Geſetzgebungen

dargeſtellt

von

Dr. J. A. Gruchot,

Appellationsgerichts-Rath in Hamm.

Erſter Band.

Berlin.

G. Grote'ſche Verlagsbuchhandlung.

1865.

Vorwort.

Die überaus günstige Aufnahme, welche die „Glossen zum Allgemeinen Land-Recht“ in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preußischen Rechts durch Theorie und Praxis“ in weiten Kreisen gefunden, haben den Verfasser bestimmt, in gleicher Weise das Preußische Erbrecht, und zwar als ein Ganzes, zu bearbeiten. Es ist hiermit die Anlage und der Zweck des in seinem ersten Bande vorliegenden Werkes von selbst bezeichnet. Dasselbe hat die Aufgabe in commentarischer Form, im Anschluß an die an einander gereihten, durch das ganze System unseres Landrechts zerstreuten erbrechtlichen Bestimmungen, das gesammte Erbrecht in seiner heutigen, auf römischer und germanischer Grundlage gewonnenen Entwickelung darzustellen und in solcher Weise unser Preußisches Recht auch auf diesem so höchst wichtigen und umfassenden Rechtsgebiete in lebensvolle Verbindung mit der deutschen Wissenschaft und Praxis, so wie mit den neueren Gesetzgebungen zu bringen.

Ob es dem Verfasser gelungen, dieses hoch gesteckte Ziel auch nur annähernd zu erreichen, stellt derselbe der nachsichtsvollen Beurtheilung des juristischen Publikums anheim. Er ist sich jedoch bewußt, mit redlichem Eifer darnach gestrebt zu haben.

Sein besonderes Augenmerk war darauf gerichtet, das gemeine Recht, wie es uns die römischen Rechtsquellen bieten, in seiner Fortentwickelung durch deutsche Wissenschaft so wie durch deutsche Praxis und Gesetzgebung aufzuweisen und damit zugleich den Standpunkt klar zu legen, den die Redactoren unseres Landrechts in dieser Lehre einnahmen. Es galt dabei eine Kluft mühsam auszufüllen, welche unsere Rechtslehrer nur zu oft, ohne sich auch nur nach einer Brücke

umzusehen, mit Leichtigkeit überspringen, so daß sie sich plötzlich — wie durch einen Zauberschlag — aus dem wohlgepflegten Boden des römischen Rechts in das unwirthlich scheinende Gebiet unseres Landrechts versetzt finden und nun über die unrömischen Rechtsgebilde staunen, die als vermeintlich künstliche Machwerke ihnen hier überall entgegentreten.

Hat das unternommene Werk überhaupt ein Verdienst zu beanspruchen, so dürfte es das sein, daß der Verfasser mit den ihm zu Gebote stehenden, vielfach unzulänglichen Mitteln den Versuch nicht gescheut hat, eine neue Bahn zu brechen, den Weg der historischen Entwickelung, der allein zur richtigen Erkenntniß des Preußischen Erbrechts, als eines dem römisch-germanischen Boden entsprossenen Rechtszweiges, führen kann, zugleich aber auch, unter Hinweisung auf den jetzigen Stand der Wissenschaft, so wie auf den fortschreitenden Gang neuerer Gesetzgebung, auf die Fortbildung unseres Rechts in diesem Gebiete hinzuwirken.

Hamm, im November 1865.

Dr. **J. A. Gruchot.**

Erster Abschnitt.

Begriff und Inhalt der Erbschaft, als des Gegenstandes des Erbrechts.

Allgem. Landrecht Th. I. Tit. 2.

§ 33. «Auch der Inbegriff aller einzelnen Sachen und Rechte, die einem Menschen zugehören, kann als ein einzelnes Ganze angesehen werden.»

§ 34. «Der Inbegriff der Sachen und Rechte eines Verstorbenen heißt dessen Verlassenschaft.»

§ 35. «In Beziehung auf denjenigen, welcher dergleichen Inbegriff überkommt, wird solcher Erbschaft genannt.»

Ebendaselbst Tit. 9.

Was zur Erbschaft gehöre oder nicht gehöre.

§ 350. «Die Erbschaft eines Verstorbenen, oder für todt Erklärten, besteht aus dem Inbegriffe aller seiner hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten.»

1. Unser Landrecht enthält, wie die angeführten Vorschriften ergeben, keine eigentliche Begriffsbestimmung des Erbrechts;[1]) es beschäftigt sich nur mit der Bestimmung seines Gegenstandes — der

[1]) Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch hat diese Lücke auszufüllen gesucht, indem es im § 532 bestimmt: „Das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben (z. B. die Hälfte, ein Drittheil) in Besitz zu nehmen, heißt Erbrecht. Es ist ein dingliches Recht, welches gegen einen jeden, der sich der Verlassenschaft anmaßen will, wirksam ist.." Mit Recht bemerkt Unger (System des allg. österr. Privatr. I. S. 223 u. S. 534 f.), welcher auch die unpassende systematische Stellung des Erbrechts rügt, daß diese, auf der früher häufigen Verwechselung des jus succedendi mit dem jus successionis beruhende und statt des Inhalts und Wesens des Erbrechts nur eine Wirkung desselben angebende Definition consequent zu der Annahme führen müßte, daß der Erbe, der die Erbschaft in Besitz genommen hat, aufhöre Erbe zu sein, da hiermit der angegebene Inhalt seines Rechts erschöpft ist. Unter Erbrecht

Erbschaft, deutet damit aber ganz von selbst den Begriff des Erbrechts an als des Rechts, vermöge dessen Jemand „den Inbegriff aller hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten eines Verstorbenen überkommt" — oder des Rechts der Nachfolge in eine Verlassenschaft.[1])

Seine Vorschriften stehen daher mit den Begriffen, die uns die römischen Juristen geben, in vollem Einklange.

Ulp. l. 49 D. de V. S.: In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur.

Id. l. 1 D. de bon. poss. (37, 1): Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in bonis sunt, tribuit, nam haec omnia bonis sunt conjuncta.

Id. l. 3 pr. eod.: Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.

Julian. l. 62 D. de R. J.: Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit.[2])

Pompon. l. 119 D. de V. S.: Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio.

Papin. l. 50 pr. D. de her. pet. (5, 3): Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.

African. l. 208 D. de V. S.: Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulas res demonstrat.

Pompon. l. 37 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Heres in omne jus mortui, non tam singularum rerum dominium succedit, quum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant.[3])

---

sei vielmehr das Recht zu verstehen, welches durch die Acquisition der Erbschaft erworben wird: dieses Recht aber bestehe in der Aufnahme und Repräsentation der ganzen vermögensrechtlichen Persönlichkeit eines Verstorbenen.

[1]) So sagt auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen: § 2001. „Das Erbrecht ist das Recht, in die Erbschaft als in ein Ganzes unmittelbar einzutreten. Der wirkliche Eintritt in die Rechte eines Verstorbenen kraft des Erbrechtes ist die Erbfolge." § 2002. „Derjenige, welcher in die Erbschaft als in ein Ganzes unmittelbar eintritt, ist Erbe . ."

[2]) Gleichlautend Gaj. l. 24 D. de V. S.

[3]) Vergl. Cic. Top. c. 6: Hereditas est pecunia, quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure. l. 222 D. de V. S.: Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora quam jura continentur.

Vergleiche Daries, inst. jurispr. natur. (edit. 3. Jen. 1748) § 495: Complexus omnium eorum, quae in dominio nostro existunt, seu, quae relationem ad in dominio nostro existentia habent, constituit hereditatem. Et ille, qui defuncti cujusdam hereditatis fit dominus, dicitur heres.

Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. (edit. 5. Hal. 1785) § 692: . . . Est vero hereditas, si objective sumitur, complexus rerum, quae hominis nunc mortui patrimonium fuerunt, et post ejus mortem ita supersunt, ut oneri restitutionis non sint obnoxiae.

Sachsenspiegel I. 6 § 1: „Mit svelkeme gude de man bestirft, dat het allet erve.“ [1])

Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch § 531. „Der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind, heißt desselben Verlassenschaft oder Nachlaß.“

§ 532. „... Derjenige, dem das Erbrecht gebührt, wird Erbe, und die Verlassenschaft, in Beziehung auf den Erben, Erbschaft genannt.“

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2000: „Das auf Andere übergehende Vermögen eines Verstorbenen in seiner Gesammtheit ist die Erbschaft. Die Erbschaft umfaßt die Rechte und die Verbindlichkeiten des Verstorbenen.“

2. Der Begriff der Erbschaft setzt nothwendig den Begriff des Vermögens voraus.[2]) Ueber diesen sprechen sich aus:

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts I. S. 375: . . . Durch beide Arten der Rechte — das Eigenthum wie die Obligationen — wird die Macht der berechtigten Person nach außen, über die natürlichen Grenzen ihres Wesens hin erweitert. Die Gesammtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines Einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben, und die Gesammtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögensrecht.

Puchta, Vorlesungen über das heutige röm. Recht I. S. 71, 72: Vermögen ist der Inbegriff der Rechte, als deren Subject wir den Menschen als Einzelnen gegenüber andern Einzelnen denken können. Es sind die

---

[1]) Vergl. dazu Schilter, Exercit. ad P. XV § 36. Gengler, Lehrb. des deutsch. Privatr. § 216. Note 2, 3 (S. 1282).

Ueber die Bedeutung der Ausdrücke hereditas, heres etc. im germanischen Recht vergl. Beseler, die Lehre von den Erbverträgen I. S. 13—18.

[2]) v. Gerber, Syst. des deutsch. Privatrechts (7. Auflage, Jena 1860) § 248: Das Erbrecht ist das Recht auf das Vermögen eines Verstorbenen, d. h. auf die Persönlichkeit desselben als Mittelpunkt der beim Tode vorhandenen (nicht individuellen) Rechte. Die Anerkennung dieses Begriffs setzt den des Vermögens voraus, d. h. die Auffassung der Gesammtheit der Jemandem zustehenden Rechte als den thatsächlichen Ausdruck seiner Persönlichkeit, bei welcher die natürliche und juristische Mannigfaltigkeit des Inhalts jener Rechte im Einzelnen außer Betrachtung bleibt.

Rechte, welche eine Herrſchaft über die Dinge der äußern Natur, Sachen, enthalten, oder ſie vermitteln ſollen. Daher iſt das Eigenthum ein Vermögensrecht, aber ebenſo auch die Obligatio. Jedes Vermögensrecht findet ſein Werthäquivalent in einer Sache, und ebenſo daher auch das Vermögen überhaupt.

Es iſt zu unterſcheiden, eine natürliche und eine juriſtiſche Bedeutung von Vermögen, bona.

1) Im natürlichen Sinne iſt es der Inbegriff der auf Sachen ſich (unmittelbar oder mittelbar) beziehenden Rechte. Es wird vermindert durch Veräußerungen, aber ebenſo auch ſchon durch Verpflichtungen . . .

2) Im juriſtiſchen Sinn iſt es der Inbegriff der Rechte an Sachen, Forderungen und Schulden, das Vermögen iſt nicht bloß actives, ſondern auch paſſives. In dieſem Sinne hat alſo auch der ein Vermögen, der mehr Schulden als Activa hat.[1])

Wächter, Handb. des Württ. Privatr. II. S. 206 f.. Die Geſammtheit der Rechtsverhältniſſe einer Perſon, ſoweit ſie auf einen Geldwerth ſich zurückführen laſſen, bildet ihr Vermögen (Habe, Gut, Hab und Gut), oder ihr Eigenthum im weiteſten uneigentlichen Sinne.[2]) Wie unter den Rechtsverhältniſſen einer Perſon ſo ſind auch unter ihrem Vermögen ſowohl die activen Beziehungen (Rechte), als die paſſiven (Schulden) enthalten, ſo daß man von dem Vermögen einer Perſon auch dann ſprechen kann, wenn die Schulden mehr betragen als die Rechte.

Renaud, Lehrb. des gem. deutſchen Privatr. I. S. 155: Die Geſammtheit der Rechte, durch welche der Herrſchaftskreis einer Perſon nach außen hin gebildet wird, nennt man deren Vermögen, dieſes Wort in ſeiner ſubjectiven Bedeutung verſtanden. Inſofern nun dieſe Geſammtheit von Rechten ſammt den damit verbundenen Pflichten als ein juriſtiſches Ganze in Betracht kommt, welches von deſſen urſprünglichem Inhaber trennbar, einer andern Perſon dienſtbar werden kann, erſcheint das Vermögen als ſolches als ein Rechtsobject (Vermögen im objectiven Sinne des Wortes). Ebenſo können aber auch einzelne Beſtandtheile desſelben, d. h. einzelne von den Rechten, die es umfaßt, Gegenſtand von Berechtigungen werden. Dem deutſchen Rechte iſt es eigenthümlich, daß es dem Vermögen ſowohl, als auch einzelnen Rechten in einer weiteren Ausdehnung, als dies im röm. Recht der Fall iſt, die Natur von Rechtsobjecten zuerkannt hat.

Leiſt, Civiliſt. Studien auf dem Gebiete dogmatiſcher Analyſe, Heft I S. 45: Der einzelne Menſch vereinigt eine mehr oder weniger große Zahl von Naturobjecten unter ſich, und durch die Herrſchaft dieſes Subjectes erſcheinen die Objecte für die übrigen Menſchen als zu einer geſchloſſenen Einheit verbunden. Das Subject zieht gleichſam einen Zauberkreis um die Objecte, er bannt ſie unter ſeinen Willen, und dieſer Kreis iſt zugleich die

---

[1]) Vergl. auch Curſus der Inſtit. II. S. 300 f.

[2]) In dieſem weiten, unjuriſtiſchen Sinne findet ſich der Ausdruck Eigenthum im Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuche § 353. „Alles was jemanden zugehöret, alle ſeine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen ſein Eigenthum.“ Vergl. Unger, Syſtem I S. 380 Note 39.

Digitized by Google

Sphäre seines eigenen freien Schaltens und der Wall, den der Nebenmensch nicht übersteigen darf. Die Objecte sind subjectivirt worden, und nur von diesem Standpunkte aus kommen sie dem Menschen als **Vermögen** in Betracht.

Brinz, Lehrb. der Pandekten § 150 S. 651 f.: Was Jemand an Sachen- und Forderungs-Rechten, activ oder passiv, in sich vereinigt, das alles zusammen ist sein „Vermögen;" im ökonomischen Sinne des Worts der gesammte **Werth**, den er hat; im juristischen die gesammte **Habe**, die von Werth ist („omnia sua" — „universam rem meam" — „quidquid habeo" l. 14 § ult. — l. 16 pr. D. ad S. C. Treb. 36, 1; „pecunia" als Collectivbezeichnung kann für den ökonomischen Begriff gelten). Nur im ökonomischen Sinne des Worts bona intelliguntur cujusque quae **deducto** aere alieno supersunt (l. 39 § 1 D. V. S. l. 11 D. jur. fisc. 49, 14); im juristischen Sinne liegt der Nachdruck auf dem **Dasein** aller der Rechte und Lasten, durch deren Addition und Subtraction jene Werthsumme gebildet werden soll (vergl. l. 49 D. V. S.). Nur in diesem letzteren Sinne z. B. ist das Vermögen Gegenstand der Universalsuccession (l. 3 pr. D. bon. poss. 37, 1); nur im ersteren Gegenstand der dotis promissio (l. 72 pr. D. j. d. 23,3) und des ususfructus (l. 32 § 8, 9, l. ult. D. usu et usufr. leg. 33, 2, l. 26, D. leg. 1). Darin, daß das Vermögen ein Haben und ein Werth zugleich ist, liegt auch der Grund, vielmehr die Thatsache selbst, daß Sachen- und Forderungs-Rechte das Vermögen bilden . . .

Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts III § 573 (5. Aufl.): Das **Vermögen** einer Person ist die Rechtsidee der Einheit aller der äußeren Gegenstände, welche der Person gehören.[1]) Mithin

1) In dem Vermögen einer Person sind **alle und jede** äußeren Gegenstände begriffen, welche der Person gehören. Daher gehen, wenn eine Person in das Vermögen der andern folgt, alle die Güter, welche dem bisherigen Eigenthümer des Vermögens gehörten, auch auf den Nachfolger über, insofern nicht das Gesetz gewisse einzelne Güter von dieser Regel ausnimmt. Daher kann ferner eine und dieselbe Person nicht mehr als **ein** Vermögen besitzen, es wäre denn, daß die Gesetze einem und demselben Individuum eine mehrfache Persönlichkeit beilegten oder daß sie von dem Vermögen einer Person gewisse Güter als ein für sich bestehendes Vermögen — sei es dem Eigenthümer des Vermögens (beneficium inventarii) oder dritten Personen (beneficium separationis) — zu sondern gestatteten.

2) Das Vermögen ist nicht selbst ein äußerer Gegenstand, sondern nur **die Idee der rechtlichen Einheit** aller der Gegenstände, die einer bestimmten Person gehören oder die Persönlichkeit des Menschen selbst in ihrer Beziehung auf die äußeren Gegenstände der Rechte. Das Vermögen ist daher ein rechtliches Ganzes, eine Gesammtheit (univer-

[1]) Auch die angeborenen Güter gehören an sich zum Vermögen. Sie verwandeln sich jedoch ihren rechtlichen Folgen nach in Rechte an äußeren Gegenständen.

sitas juris). Es kann nur in ſo vielſte Theile, nicht aber in für ſich beſtimmte oder für ſich beſtimmbare Theile (nur in partes quotas und nicht in partes quantas) getheilt werden.

3) Die äußeren Gegenſtände ſind nicht als ſolche, ſondern nur inſofern ſie überhaupt einen Werth haben, alſo zu Geld angeſchlagen werden können, Gegenſtände des Vermögens . . .

Ebendaſ. § 575: Das Recht, welches der Menſch an ſeinem Vermögen hat, iſt ein Eigenthumsrecht. Denn das Vermögen iſt die Perſönlichkeit des Menſchen ſelbſt, dieſe in Beziehung auf die Güter betrachtet, über welche der Menſch gebietet. Das Vermögen in Beziehung auf den Eigenthümer, oder das Eigenthum am Vermögen iſt ein untheilbarer Gegenſtand. Wenn alſo auch die unter dem Vermögen begriffenen Güter zu verſchiedenen Zeiten erworben worden ſind, ſo ſind ſie dennoch in Beziehung auf das Eigenthumsrecht am Vermögen als ein Ganzes zu betrachten, gleich als ob ſie zu einer und derſelben Zeit erworben worden wären. — Der Menſch erwirbt ſein Vermögen nicht, ſondern er hat, wenn und ſo lange ihm die Eigenſchaft der Perſönlichkeit zukommt, kraft Geſetzes ein Vermögen, wenn ſich auch das Vermögen, das er hat, ſeinen Gegenſtänden nach in der Zeit vermehren oder vermindern kann.

v. Daniels, Allgem. Preuß. Privatr. (2. Bearbeitung) S. 89: Vermögen heißt der Inbegriff der Sachen und Rechte, welcher einheitlich einer lebenden Perſon gehört. (Die ausſchließende Beziehung auf eine lebende Perſon, von deren Rechtsfähigkeit Vermehrung wie Verminderung ausgeht, unterſcheidet das Vermögen von der Maſſe, als dem Inbegriff eines zu beſtimmter Zeit vorhandenen Vermögens, welches den Einwirkungen der Perſönlichkeit entzogen iſt.) Man unterſcheidet aktives und paſſives Vermögen, den Inbegriff von Rechten der Perſon und Anſprüchen wider die Perſon, welche den Werth des aktiven Vermögens mindern. Eigentlich iſt nur der Ueberſchuß des Werthes wirkliches Vermögen. Verlaſſenſchaft iſt der Vermögensinbegriff, zurückgeführt auf die Perſon eines Verſtorbenen; Erbſchaft die Verlaſſenſchaft, bezogen auf den einheitlichen Fortſetzer der vermögensrechtlichen Verhältniſſe.

3. Dieſe Darſtellungen gewähren uns zugleich die beſte Einſicht in das wahre Weſen der Erbfolge als des Eintrittes in den geſammten Vermögenskreis einer daraus geſchiedenen Perſon.

Vortrefflich ſind die Ausführungen Huſchke's hierüber (im Rhein. Muſeum VI. S. 271 ff.), aus denen wir Folgendes hervorheben:

Im Weſen der Erbſchaft liegt eine Beziehung auf die Einheit der hinterlaſſenen Sachen in der Perſon des Verſtorbenen. Dies zeigt ſchon das Wort hereditas, das nach ſeiner Ableitung von herus ſo viel als Herrnſchaft bedeutet (genau genommen: die einen Herrn erwartende Herrnſchaft; denn heres iſt herus futurus cf. § 7 J. de her. qual. — Festus v. Herus), ſo daß alſo der Erbe nicht ſowohl in die Sachen, als in die Herrnſchaft, die der Verſtorbene über ſeine Sachen hatte, eintritt. L. 24 de V. S. l. 62 de R. J. l. 3 pr. de B. P. Das universum jus des Verſtorbenen iſt nicht jenes einzelne Recht an jeder einzelnen Sache — dieſes wäre omne

jus — sondern das Eine Recht desselben in allen Sachen, . . . m. a. W. seine Vermögensfähigkeit als Realität gefaßt; daher auch die Erbschaft nothwendig zweierlei in sich begreift: die körperlichen und unkörperlichen Sachen des Verstorbenen (res) und seine obligatorischen Beziehungen (daß er reus war). Denn in diese beiden Seiten, die Acquisition und die Obligation, zerspaltet sich die thätige Vermögensfähigkeit. Jene Einheit, die als ein höheres Selbständiges über den einzelnen Rechten und Sachen der Erbschaft steht, ist so ausschließlich wesentlich für den Begriff der Erbschaft, daß wir auch von Jemanden, der entschieden gar keine einzelne Sache, Forderung oder Schuld hinterlassen hätte, wenn er nur überhaupt als homo sui juris gestorben wäre, doch behaupten müßten, er habe eine Erbschaft hinterlassen und es könne ihm Jemand Erbe werden l. 208 de V. S. l. 50 pr. de her. pet. Noch mehr versteht es sich, daß der Umstand, daß die Schulden die Activa übersteigen, dem Begriffe der Erbschaft keinen Eintrag thut l. 119 D. de V. S. l. 3 pr. de B. P. . . . Noch näher treten wir dem Wesen der Erbschaft, wenn wir von ihr erfahren, daß sie personae vice fungitur, domini loco est, indem sie gleichsam die Person des Verstorbenen in sich enthält § 2 J. de her. inst., pr. J. de stip. serv., l. 22 D. de fidej., l. 15 pr. D. de interr. in jure, l. 31 § 1 D. de her. inst., l. 34 D. de acq. rer. dom. . . . Jede überhaupt nur berechtigte Person hat nothwendig zwei Richtungen ihres Rechts: die persönliche Freiheit (caput) und die Freiheit im Vermögen. Auf der erstern beruhen alle Rechte des Personenrechts, auf der letztern das ganze Sachenrecht. Beide sind aber nichts von der Person Getrenntes, denn sie sind die Person, d. h. der rechtsfähige Mensch selbst . . . Wenn nun aber der Mensch stirbt, so trennen sich beide Richtungen. Seine Person mit dem persönlichen Recht geht in das heilige Recht über, wird Dii Manes; seine vermögensrechtliche Person dagegen bleibt im jus humanum zurück und bildet die hereditas. Diese ist demnach von der lebenden Person nur darin verschieden, daß sie die vermögensrechtliche Person von der wirklichen getrennt darstellt und als solche eine Sache bildet. Viventis hereditas non est — bei Lebzeiten fällt sie noch mit der persönlichen Freiheit zusammen, ist familia, und dadurch wird sie gehindert, als Sache sich darzustellen; mit dem Tode hört dieses Hinderniß auf und das Vermögen zeigt sich als eine sächliche universitas.[1])

[1]) Hiermit sind zu vergleichen die ausführlichen Erörterungen Bering's (Röm. Erbrecht in histor. und dogmat. Entwickelung, Heidelberg 1861) zu III „Die familia defuncti oder die hereditas" (S. 65—110). Derselbe sagt hier insbesondere S. 74 f.:

„Die Persönlichkeit des Verstorbenen, die familia defuncti, die der Erbe jetzt erhalten soll, bezieht sich freilich nur auf Vermögensrechte. Die familia defuncti schrumpft also zusammen auf die vermögensrechtliche Seite derselben und selbst diese erleidet eine Einschränkung. Abgesehen von dieser durch die Natur der Dinge gebotenen Einschränkung wird aber die ganze Privatrechtsfähigkeit des Erblassers wirklich aufrecht erhalten und auf den Erben übertragen. Wer Erbe wird, erhält wirklich nicht bloß die materiellen vorhandenen Vermögensrechte, sondern er tritt ein in die Vermögensherrlichkeit

In Uebereinſtimmung hiermit lehrt Arndts in Weiske's Rechts-Lexicon IV. S. 1 f.:

Die hereditas wird treffend bezeichnet als successio in universum jus defuncti; ſie beſteht nicht bloß in einem Uebertommen der ſämmtlichen Rechte des Verſtorbenen, acquisitio per universitatem, ſie iſt der Eintritt in die ganze rechtliche Stellung des Verſtorbenen rückſichtlich ſeiner Vermögensverhältniſſe, inſoweit dieſe nicht ihrer beſonderen Natur nach durch den

---

ſelbſt, welche dem Erblaſſer zu ſeinen civilen Vermögensrechten nothwendig war, und die jetzt die ganze familia, das universum jus des Verſtorbenen ausmacht. Die Natur und die Wirkungen der hereditas, wie ſie uns in den Quellen auf die mannigfaltigſte und unzweideutigſte Weiſe geſchildert werden, beſtätigen dieſe Auffaſſung nach allen Seiten hin. Es wird erklärt: „nihil aliud est hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit.“ Damit iſt viel geſagt. Die Erbſchaft iſt die Nachfolge in das geſammte Recht, welches der Verſtorbene hatte. Das universum jus begreift ſowohl das Vortheilhafte als das Nachtheilige, ſowohl die Schulden wie die Forderungen. Unter dem Vortheilhaften befindet ſich das Eigenthum, befinden ſich die Klagerechte, die Retentionsrechte, welche dem Erblaſſer zuſtanden; unter den unbequemen Laſten desſelben befinden ſich nicht bloß die Schulden, für welche er ſeinen Gläubigern haftete, ſondern auch die Leiſtungen, zu welchen er ſeine Erben durch Verſprechungen an Andere und durch Legate verpflichtete. Das beſonders Charakteriſtiſche der Beerbung iſt der Uebergang von Forderungen und Schulden, welcher ſich bei keinem successor singularis findet, dagegen niemals bei der Univerſalſucceſſion auf den Todesfall fehlt. Der Erbe tritt in jedwede Berechtigung und in jedwede Verpflichtung des Verſtorbenen ein. Ja, gewiſſermaßen tritt der Erbe auch in die Tugenden und Fehler des Verſtorbenen, z. B. in die bona und mala fides desſelben ein, ſo daß ihm die mala fides des Verſtorbenen entgegenſteht, wenn er eine Sache uſukapiren will, die der Verſtorbene mala fide zu beſitzen anfing . . . Das universum jus bezeichnet nicht jedwedes einzelne Recht an der einzelnen Sache, nicht das omne jus in dieſem Sinne, ſondern es iſt eines und dasſelbe Recht an allen den in der Erbſchaft enthaltenen Dingen. Zu einem Beſtandtheile als ſolchen kann man gar nicht gerufen ſein. Die hereditas erſtreckt ſich gleichmäßig über alle res hereditariae. Die hereditas wird rechtlich als ein einziges einheitliches Ganzes aufgefaßt, als die juriſtiſche Stellung des Erblaſſers zu allen den Vermögensbeziehungen, die bei ſeinen Lebzeiten activ oder paſſiv, wenn auch nur im Keime vorhanden waren. Die hereditas iſt ein ideelles Begriffsganzes, ein von den materiellen Vermögensbeſtandtheilen unabhängiger Rechtsbegriff. (Der Verfaſſer führt dies näher aus und gelangt zu dem Schluſſe: „Es ergibt ſich aus dieſem Allem auf's Deutlichſte, daß die hereditas nicht das Aggregat der etwaigen materiellen Beſtandtheile des Vermögens-Nachlaſſes iſt, ſondern daß ſie vielmehr über jeden einzelnen und zugleich über allen Beſtandtheilen ſteht als die Vermögensherrlichkeit, als die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers.“)

Tod erlöschen. Das eigentliche Wesen der Erbschaft ist dieses, daß der Erbe die vermögensrechtliche Person des Verstorbenen juristisch in sich aufnimmt und fortlebt; daher ist bei dem Begriffe derselben zunächst gänzlich zu abstrahiren von den einzelnen wirklichen Vermögensverhältnissen, und es kann eine Erbschaft gedacht werden nicht nur ohne irgend einen sichtbaren körperlichen Gegenstand, der zu derselben gehöre, und nicht nur mit einem Uebergewicht der Lasten (Passiva) über die Vortheile (Activa), sondern auch ohne irgend ein dem Verstorbenen wirklich zugestandenes Vermögensrecht, ja selbst ohne Existenz irgend eines activen und passiven Vermögensverhältnisses, in welchem der Verstorbene wirklich gestanden habe, in welchem Falle die Erbschaft freilich ohne Inhalt ist, wenn sich auch später nicht durch neue Umstände, z. B. durch die Erfüllung einer Bedingung, ein Recht oder eine Verbindlichkeit für den im Erben fortlebenden Erblasser ergibt. Allgemeine wesentliche Voraussetzung ist nur, daß der Verstorbene Vermögensfähigkeit, die Fähigkeit beerbt zu werden, gehabt habe . . .[1])

Ferner S. 17 f.:

Der Erbe wird vollkommen Subject aller einzelnen Vermögensverhältnisse, die in der Erbschaft begriffen sind . . . Ueberhaupt bestehen alle erbschaftlichen Rechtsverhältnisse in Beziehung auf den Erben ebenso, als ob sie mit demselben Inhalte auf andere Weise für diesen begründet wären; es kann daher auch der Erbe des Erben das ganze jetzige Vermögen des Letzten, mit Inbegriff der erworbenen Erbschaft, nur wiederum als eine Erbschaft erwerben. Daher pflegt man von einer durch die Erbfolge bewirkten confusio

[1]) Vergl. Puchta, Pandekten § 446 und Vorlesungen II. S. 284 ff.: . . . Das Ganze der auf Sachen sich beziehenden und in ihnen ihren Maßstab findenden Rechte und Verbindlichkeiten, die in einer Person als ihrem Subject vereinigt sind, soll eine von dem Leben der Person unabhängige Dauer haben . . . Um diesen Zweck zu erreichen, soll der Uebergang der Güter des Verstorbenen an Ueberlebende nicht bloß stückweise erfolgen, der Erbende soll nicht bloß in die einzelnen Rechte eintreten, er soll die Persönlichkeit des Verstorbenen in vermögensrechtlicher Hinsicht in sich aufnehmen und repräsentiren und damit in das Vermögen als Ganzes eintreten. Darin liegt der Begriff des Erben, seiner Succession, der Erbfolge, und des Rechts, das er durch die Erbfolge erhält, des Erbrechts (hereditas in diesem Sinne des Worts). Erbrecht ist also das Recht an der von dem Berechtigten repräsentirten Person des Erblassers und damit an dessen Vermögen, der Erbschaft (hereditas in diesem Sinne). Es setzt den Tod einer vermögensfähigen Person, aber keineswegs, eben weil es nicht bloß um des Erben und seinen Vortheil allein existirt, sondern zugleich jenen höheren Zweck erfüllen soll, Güter im natürlichen Sinne voraus; auch der Insolvente hinterläßt eine Erbschaft. Damit ist es unverträglich, das Erbrecht mit dem Eigenthum auf gleiche Linie zu stellen und es als Eigenthum an einer universitas zu bestimmen. Nur seine Auffassung als Recht an der in den Erben übergegangenen Person des Erblassers entspricht der Bedeutung des Erbrechts nach allen Seiten.

bonorum zu ſprechen. Doch darf man damit nicht die Vorſtellung einer völligen rechtlichen Vermiſchung der beiden Vermögen verbinden, alſo einer gänzlichen Verſchmelzung und Indifferenzirung der Qualität des Erben als ſolchen und der eigenen vermögensrechtlichen Perſönlichkeit desſelben, ſo daß die Repräſentation des Erblaſſers durch den Erben nur als etwas juriſtiſch Momentanes anzuſehen wäre. Vielmehr ſind alle erbſchaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten fortwährend deshalb Rechte und Verbindlichkeiten des Erben, weil und inſofern er fortwährend die Perſon des Erblaſſers repräſentirt (Puchta im Rhein. Muſeum III S. 304). Sobald in irgend einer Beziehung auf die Unterſcheidung der beiden rechtlichen Qualitäten des Erben etwas ankommt, tritt auch der Gegenſatz derſelben practiſch bedeutend hervor. So z. B. in Betreff der Correalobligationen.

4. Ueber den letztgedachten Punkt — die confusio bonorum — der mit der Idee einer Einheit der Perſon des Erblaſſers und des Erben zuſammenhängt,[1]) ſpricht ſich Mühlenbruch in ſeiner Fortſetzung von Glück's Comment. B. 43 S. 100 ff. dahin aus:

In neuerer Zeit hat man die Behauptung aufgeſtellt: es ſei die Vorſtellung unrichtig, daß durch die Erwerbung der Erbſchaft das Vermögen des Erblaſſers und das des Erben eins würden und daraus ſich die Verbindlichkeit des Erben zur Schuldenzahlung und Anerkennung der Dispoſitionshandlungen des Erblaſſers erklären (Puchta im Rhein. Muſeum III S. 302 f. Lehrb. der Pand. § 437 Note l, § 498 Note l, § 499 Note u). Dieſe Meinung wird hauptſächlich darauf geſtützt, daß der Erbe die hereditatis petitio habe, wodurch denn das Vermögen des Erblaſſers von dem des Erben ſehr beſtimmt geſchieden ſei. — Der Grundſatz von der Repräſentation des Erblaſſers durch den Erben in vermögensrechtlicher Beziehung oder der Confuſion des beiderſeitigen Vermögens iſt allerdings ein rein poſitivrechtlicher. Es kann dadurch weder das natürlich Unmögliche möglich gemacht, oder das Reſultat hervorgebracht werden, als ob nie eine Trennung der Vermögens-Verhältniſſe beſtanden hätte, noch ſind dadurch Modificationen ausgeſchloſſen,

---

[1]) Vergl. Nov. 48 praef.: . . . cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem.

H. Grotius, de jure belli et pacis Lib. II c. 9 § 12: Heredis personam quoad dominii tam publici quam privati continuationem pro eadem censeri cum defuncti persona certi juris est.

Cicero de legibus II. 19: nulla est persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat quam heres. (Hert. comment. Vol. II tom. 3 p. 45, 46.)

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 547. „Der Erbe ſtellt, ſobald er die Erbſchaft angenommen hat, in Rückſicht auf dieſelbe den Erblaſſer vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Perſon gehalten . . ."

Mit Recht tadelt Unger (das öſterreich. Erbrecht S. 12, 13, Anm. 9) dieſe Beſtimmung und will ſie nur als eine figürliche Ausdrucksweiſe gelten laſſen.

noch steht es damit im Widerspruch, wenn dem Erben in Beziehung auf das erbschaftliche Verhältniß Rechtsmittel gegeben sind, die der Erblasser selber nicht gehabt hat . . . Der Erbe erhält dadurch keineswegs mehr Vermögen als der Erblasser selbst hatte, er erhält nur Wege der Rechtsverfolgung, die Jener nicht gehabt hätte . . . (Stahl, die Philosophie des Rechts B. 2 Abth. I. S. 261). — Abgesehen von den durch singuläre Rechtsbestimmungen eingeführten oder in der Natur der Sache begründeten Modificationen ist das Prinzip der Confusion nicht nur mit voller Consequenz in unseren Quellen durchgeführt, sondern auch buchstäblich anerkannt und die neue Theorie, wonach das Erbrecht ein Recht an der mit dem Vermögen in uns übergegangenen juristischen Person sein soll, wird hieran auch nichts ändern.[1])

5. Die hier zuletzt angedeutete, auch in den oben mitgetheilten Darstellungen vorherrschende Auffassung des Erbrechts als der Fort-

---

[1]) Vergl. Bering a. a. O. S. 86 f.: So lange der Erbe als solcher in Betracht kommt, gelten auch sein Vermögen und der Nachlaß noch als zwei Vermögen. Jedoch, sobald die Functionen des Erbeserwerbens als Vermögenserwerbsgrundes ganz beendigt sind, kommt weder der Erbe noch ferner als solcher in Betracht, noch auch die Geschiedenheit seines Vermögens und des Erbguts. Bezüglich der Erbschaft und der erbschaftlichen Rechtsverhältnisse erscheinen der Erbe und der Erblasser jetzt als eine und dieselbe Person. (Javolen. l. 22 de usuc. 41, 3: „Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur," d. h. wo der Erbe als solcher in Betracht kommt, da stellt er die nämliche Person vor, die auch in der hereditas enthalten war. Der Erbe ist nun der Beherrscher der Vermögensgesammtheit des Verstorbenen, wie es vorhin dieser war. Diese Vermögensgesammtheit nimmt nun der Erbe als die seinige in Anspruch und er stellt nicht eine actio de hereditate zu dem Zweck an, sondern der heres petit, vindicat hereditatem, successionis jura, successionem das jus in universa defuncti bona succedendi. Dadurch, daß die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers in des Erben Person übergeht, wird dieser nun auch Repräsentant der Vermögensrechte des Verstorbenen, wie er es bisher schon seiner eigenen war. Eine Consequenz davon ist, daß der Erbe aus allen Erbschaftsrechten im eigenen Namen klagt. (In der Note 2 S. 87 zeigt der Verfasser, daß, so wenig sich eine Personeneinheit des Erben und des Erblassers behaupten lasse, es auch verkehrt sei, eine confusio beider Vermögen anzunehmen.)

Auch vom Standpunkte der Rechtsphilosophie aus erklärt sich gegen eine solche Verschmelzung des Vermögens des Erben und des Erblassers Röder, Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsfilosofie (2. Auflage, Leipzig und Heidelberg 1863) Abth. II S. 522 f.

Im Uebrigen ist in Betreff dieses Punktes auf Unger, das österreich. Erbrecht, S. 167 Anm. 2 und die daselbst angeführten Schriftsteller zu verweisen.

ſetzung der „vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Erblaſſers“[1]) wird, wohl mit Recht, von Windſcheid in der Krit. Ueberſchau I. S. 181 f. ſowie in ſeiner Schrift: „Die Actio des römiſchen Civilrechts“ (Düſſeldorf 1856) bekämpft.[2]) In der letzteren (S. 161 f.) ſagt er:

Die Perſon des Erben, ſagt man, iſt mit der Perſon des Erblaſſers Eins, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers lebt in dem Erben fort . . . Der Erbe tritt in die Geſammtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblaſſers ein — in alle, aber nicht in die einzelnen als ein-

---

[1]) In anderer Weiſe drückt ſich v. Ketler, Pandekten § 455 und 456 aus: „Die Univerſalſucceſſion iſt das weſentliche Organ, wodurch der rechtliche Zuſammenhang zwiſchen den auf einander folgenden Generationen von Menſchen vermittelt wird —“

„Die normale Art, wie einem Verſtorbenen per universitatem ſuccedirt, ſeine ökonomiſche Perſönlichkeit erſetzt und gleichſam fortgeſetzt wird, iſt die hereditas. Der in dieſem Sinne eintretende Nachfolger heißt heres, Erbe.“

[2]) Dieſer Theorie tritt auch Ferd. Laſſalle entgegen in ſeinem — „mit großem Scharfſinn und noch größerer Selbſtüberſchätzung“ (Worte Unger's) geſchriebenen — Werke: „Das Weſen des Römiſchen und Germaniſchen Erbrechts in hiſtoriſch-philoſophiſcher Entwickelung,“ Leipzig 1861, aber nur, um eine noch viel unhaltbarere, ja kaum begreifliche an die Stelle zu ſetzen. Er findet in der römiſchen Erbfolge eine „Willensunſterblichkeit des Erblaſſers,“ eine Art von Willenswanderung (propagatio voluntatis), indem im römiſchen Erbrecht nur die Perſon (der Wille) übertragen werde und die Vermögensübertragung das ſecundäre ſei, ja prinzipiell der Teſtamentserbe als Willensſucceſſor das Erbvermögen gar nicht erlangen ſoll! So ſagt derſelbe (S. 14 f.): Die Lehre von dem Uebergange der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Erblaſſers auf den Erben ſtelle eine Reihe der radicalſten Irrthümer dar. Durch jene Beſchränkung der Perſonenidentität auf die vermögensrechtliche Perſönlichkeit werde das Vermögen und ſeine Uebertragung auf den Erben zum ſubſtantiellen Inhalt, zum Begriff und Gegenſtand des röm. Erbrechts. Es werde hier das Erbrecht zu einem „Vermögensrecht,“ zu einer bloßen „Ergänzung des Vermögensrechts;“ dieſes hinterlaſſene Vermögen ſei es, welchem die Perſönlichkeit des Verſtorbenen innewohnt und das Erbthum habe den Zweck, daß der Erbe „in das Vermögen“ eintrete und den Verſtorbenen in demſelben repräſentire, ja dieſe ganze Fortdauer der juriſtiſchen Perſönlichkeit des Erblaſſers ſei überhaupt nur eine dem Vermögen zu Liebe — das hier überall zur Subſtanz der Erbſchaft wird — und um ſeiner Behandlung willen erfundene Fiction. — Die Auffaſſung der röm. Juriſten ſei eine ganz entgegengeſetzte. Nach ihrer Lehre ſei die Perſon das Einzige, was übertragen wird, und vom Vermögen gar keine Rede. Die Vermögensübertragung ſei etwas ganz Secundäres, das als bloß zufällige factiſche Folge unerwähnt im Hintergrunde liegen bleibt. Die Perſönlichkeit hat das Vermögen verſchlungen . . .

zelne, sondern in die Einheit, die universitas derselben, und dadurch in die einzelnen — heres in omne, universum jus defuncti succedit. Die Gesammtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen eines Menschen bildet sein Vermögen — und so kann man auch sagen: der Erbe succedirt in das Vermögen des Erblassers. Das ist die Auffassung der Quellen. Von einem Uebergange der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben ist in ihnen kein Wort zu lesen; sie haben gar keine Bezeichnung für das, was wir vermögensrechtliche Persönlichkeit nennen. Nichts desto weniger haben die Neueren dieses Vehikels nicht entrathen zu können geglaubt. Die Gründe sind folgende. Erstens, weil sonst die Obligationen des Erblassers mit seinem Tode untergehen würden. Zweitens, weil das Vermögen kein objectiver Begriff sei, nur durch eine Person existire, welche das Subject desselben sei. Ich will hier diesen Satz acceptiren, obgleich ich ihn als unbedingt wahren nicht anerkenne. Vermögen soll also eine Gesammtheit von vermögensrechtlichen Beziehungen sein, die in einem bestimmten Subjecte zusammenschließen. Nun wohl, an die Stelle des Subjectes, in welchem diese vermögensrechtlichen Beziehungen zusammengeschlossen sind, tritt ein anderes, und zwar in demselben Momente, in dem jenes Subject abtritt. In keinem, auch nicht dem kleinsten Zeittheilchen sind diese vermögensrechtlichen Beziehungen ohne zusammenhaltendes Subject: was verlangt man mehr? Man wird sagen: so ist doch auf jeden Fall das Vermögen des Erblassers beim Erben nicht mehr als dasjenige Vermögen, welches es früher war. Ohne allen Zweifel insofern nicht, als es jetzt eben das Vermögen des Erben ist, während es früher das Vermögen des Erblassers war. Mehr: früher hatte es eine selbständige Existenz, jetzt ist es mit dem Vermögen des Erben vermischt und in dasselbe aufgegangen. Aber deswegen ist es nicht weniger als das Vermögen des Erblassers auf den Erben *übergegangen*; es war Vermögen des Erblassers, bis es angefangen hat, Vermögen des Erben zu sein. Aber, wie gesagt, das hat den Neueren nicht genügt; das Vermögen des Erblassers muß nach ihrer Ansicht nothwendigerweise durch sein Subject in das Vermögen des Erben übergeführt werden. Ueber die Dienste freilich, welche dieses Subject leisten soll, sind sie nicht einig. *Ein* Schriftsteller will dasselbe entlassen wissen, sobald es die Ueberführung ausgerichtet hat. Andere glauben es aber auch jetzt noch nicht entbehren zu können, sie lassen die Persönlichkeit des Erblassers auch nach dem Antritte der Erbschaft noch in dem Erben fortleben. Dabei sind sie noch verschiedener Ansicht darüber, ob derselbe auch als Subject der einzelnen Vermögensbeziehungen, oder nur als Subject der Vermögensgesammtheit fortdauere. Consequent sind offenbar nur Diejenigen, welche das Erstere annehmen, da nicht einzusehen ist, wie das Subject der einzelnen Vermögensbeziehungen ein anderes sein könne, als das Subject des Vermögens, welches durch sie gebildet wird, und für den speziellen Zweck, um den es sich hier handelt, reicht offenbar nur *diese* Annahme aus. Wenn die Erbschaftsforderungen dem Erben als dieser Person zustehen, so hat offenbar die Obligation deswegen nicht weniger ihr Subject gewechselt, weil das Vermögen, wozu diese Obligation gehört, fortwährend als das Vermögen des ursprünglichen Gläubigers gilt. Aber gerade hier widersprechen die Quellen ausdrücklich; es ist bezeugt, daß der Erbe bei der Verfolgung von Erbschaftsrechten die intentio aus seiner Person nehme. Gajus IV. 34 ...

Frei von ſolchen künſtlichen Theorien, die für unſer Rechtsleben nicht brauchbar ſind,[1]) hält ſich die Darſtellung Unger's (das öſterreichiſche Erbrecht, Leipzig 1864).

In der Einleitung S. 1 wird hier geſagt:

Es iſt ein ſowohl in der allgemeinen Rechtsüberzeugung als in der geiſtigen Natur des Rechtes tief begründeter Satz, daß der Tod wie über die Welt des Geiſtes überhaupt, ſo über den Organismus des Rechts keine Macht hat. In dieſem Gedanken wurzelt das Erbrecht.[2]) Mag auch das Individuum hinwegſterben, die ihm nicht perſönlich anhaftenden Rechtsverhältniſſe beſtehen fort; mag auch der bisherige Träger des Vermögens dahinſchwinden, das Vermögen überdauert ſeinen Herrn. Andere Perſonen treten in die leergewordene Stelle und füllen die durch den Tod entſtandene Lücke

---

[1]) Auch Böcking erklärt jene Theorie, an der er rückſichtlich des römiſchen Rechts feſthält, auf unſer heutiges Recht unanwendbar. Er bemerkt in der Vorrede zur 2. Auflage ſeiner Pandekten des röm. Privatrechts S. VIII „Die Verunreinigung unſeres Erbrechts rührt größtentheils von der unreinlichen Behandlung des römiſchen her, und es iſt recht praktiſch wichtig, die Einheit, universitas und fingirte Perſönlichkeit der hereditas erkannt zu haben, damit man die auf dieſen Begriff ſich gründenden Beſtimmungen des röm. Rechts nicht auf den Nachlaß und die Erbfolge des heutigen Rechts anwende: die Hinterlaſſenſchaft iſt nach unſerem Rechte nur eine Summe von Vermögensrechten und es iſt für den heutigen Erben ebenſo unrichtig, daß er die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers in ſich aufnehme, als dieſes gerade das Weſen des röm. heres ausmachte."

[2]) Treffend bemerkt Stahl, Rechtsphiloſ. II. 1. § 90 a. E.: „Für das ganze Menſchengeſchlecht liegt in der Familien- und der ihr nachgebildeten teſtamentariſchen Succeſſion die Ordnung und Kontinuirlichkeit, mit der es bei der Aufeinanderfolge der Generationen das Vermögen inne hat, daher das Vermögen ununterbrochen als Subſtrat des Bewußtſeins und Willens und die rückſichtlich desſelben gezogenen Rechtskreiſe der Perſonen und durch ſie den Zuſammenhang der Generationen bewahrte."

v. Savigny, Syſtem I S. 380 f. gründet das Erbrecht auf die unvergängliche Natur des Staates, in welcher alles Recht überhaupt erſt Realität und Vollendung erhalte.

Ebenſo v. Schenrl, Beitr. I S. 16, 17: „Gerade dies iſt einer der Grundgedanken des Erbrechts: es ſoll dadurch den Rechtsverhältniſſen eine von der Kürze des menſchlichen Einzellebens unabhängige Dauer und Feſtigkeit gegeben werden, der wenigſtens relativen Unvergänglichkeit der Familie, der Staatsgeſellſchaft, des Menſchengeſchlechts, welche vermittelt wird durch die Aufeinanderfolge der Generationen, ſoll entſprechen eine gleiche Unvergänglichkeit der Vermögensrechtsverhältniſſe, vermittelt dadurch, daß immer neue Subjecte derſelben einander ablöſen."

Vergl. auch die geiſtvollen Erörterungen von Brinz, Art. Erbrecht in Bluntſchli's und Brater's deutſchem Staatswörterbuch III. S. 403 f.

wieder aus. So sind die rechtlichen Mächte das Dauernde und Wesentliche, die Personen dagegen das Wechselnde und Zufällige . . .

Ferner im § 2 S. 8:

Die Nachfolge, welche in den Nachlaß als Gesammtheit stattfindet, ist die Erbfolge im eigentlichen Sinn. Der Nachlaß, worin er auch immer bestehen mag, heißt mit Rücksicht auf die Erbfolge Erbschaft (Erbvermögen, das Erbe), der Verstorbene Erblasser, der Gesammtnachfolger Erbe.

Wesen und Charakter der Erbfolge besteht darin, daß sie eine Gesammtnachfolge (Universalsuccession) ist. Der Erbe rückt dem Abgeschiedenen nach, tritt an dessen Stelle in den Mittelpunkt des hinterlassenen Vermögens und nimmt in dieser Vermögenssphäre dieselbe rechtliche Stellung ein, welche der Erblasser bisher inne hatte. Der Gegenstand der Erbfolge ist somit das Vermögen, nicht die Person des Erblassers, und zwar das Vermögen als Ganzes, so daß der Eintritt in sämmtliche einzelne vermögensrechtliche Verhältnisse des Erblassers zugleich und durch einen einzigen Act erfolgt. Der Erbe ist als Gesammtnachfolger Herr des Erbvermögens und setzt die vermögensrechtliche Herrschaft des Erblassers als des bisherigen Vermögenssubjects fort: in allen Vermögensbeziehungen, in denen früher der Erblasser stand, steht nunmehr in gleicher Weise und mit gleicher Wirkung der Erbe. Zufolge dieser Identität seiner rechtlichen Stellung mit der des Abgetretenen erscheint der Erbe gewissermaßen als Repräsentant des Erblassers in dessen Vermögensverhältnissen und gelten beide als Träger derselben vermögensrechtlichen Beziehungen gleichsam für eine und dieselbe Person . . .[1])

---

[1]) Die Anm. 7 enthält treffende Bemerkungen gegen die Auffassung der Erbfolge als Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers: „Was soll man sich unter der „fortdauernden vermögensrechtlichen Persönlichkeit" denken? Doch gewiß nicht die Rechts- und Vermögensfähigkeit des Erblassers als eine treibende Potenz und rechtsbewirkende Kraft, die „actuelle" Persönlichkeit des Erblassers, wie sie Ihering nennt. Wenn ein in gewisser Beziehung rechtsunfähiger Erbe (z. B. ein Jude in Ländern wo Juden vom Erwerb liegender Güter ausgeschlossen sind) einen in dieser Beziehung rechtsfähigen Erblasser (z. B. einen Christen) beerbt, so erweitert sich ohne alle Frage der Kreis der Rechtsfähigkeit des Erben nicht und er erlangt trotz der angeblich in ihm fortlebenden Persönlichkeit des Erblassers die rechtliche Möglichkeit nicht, liegende Güter zu erwerben . . . So wäre denn unter der fortdauernden Persönlichkeit des Erblassers nur der Niederschlag derselben zu verstehen, der concrete Rechtskreis, den der Erblasser durch seine Persönlichkeit gebildet und mit ihr bisher ausgefüllt hat, die (von Ihering) sogenannte substantiirte Persönlichkeit. Das ist aber nichts anderes als sein Vermögen und da ist es doch viel einfacher zu sagen: der Erbe nimmt das Erbvermögen auf, als in mysteriöser und transscendentaler Weise zu formuliren: der Erbe nimmt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers juristisch in sich auf und lebt sie fort. Auf dieses Beisammenbleiben des Vermögens nach dem Tode des Erblassers reduciren sich denn auch alle die hochfliegenden

Allgem. Landrecht Th. I. Tit. 9.

§ 351. «Was wegen eines Inbegriffs von Sachen und Rechten überhaupt vorgeſchrieben iſt, findet auch bei Erbſchaften Anwendung (Tit. 2 § 32 ff.).»

6. Die bis auf die neuere Zeit herrſchende Theorie unterſchied in Anſehung der Sachgeſammtheiten zwiſchen universitates facti und juris und zählte zu den letzteren, die ganz beſonderen Rechtsgrundſätzen unterworfen ſein ſollten, hauptſächlich die Erbſchaft. Die Unterſcheidung wird jedoch ſeit den gründlichen Ausführungen von Haſſe und Mühlenbruch im Archiv für die civiliſt. Praxis V. S. 1—68 und XVII. S. 321—379 faſt von allen neueren Rechtslehrern als durchaus unhaltbar verworfen.[1])

Sätze von der juriſtiſchen Unſterblichkeit des Erblaſſers. Was fortdauert, iſt das Vermögen, nicht die Perſon des Erblaſſers, jene Unſterblichkeit iſt eine rein ſachliche, nicht eine perſönliche, ein Fortbeſtehen des Begründeten, nicht ein Fortleben des Begründers. Mit der Annahme einer Fortdauer der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Erblaſſers gewinnt man ſomit weder ein eigenes inhaltsvolles Prinzip noch einen neuen fruchtbringenden Gedanken, mit deſſen Handhabung man im Stande wäre, erbrechtliche Verhältniſſe zu conſtruiren oder ſucceſſionsrechtliche Schwierigkeiten zu überwinden; man hat nur einen anderen mehr künſtlichen und Mißverſtändniſſen ausgeſetzten Ausdruck für den Fortbeſtand des Vermögens des Erblaſſers nach ſeinem Tode. „Der ſchlichte Gedanke, daß der Erbe an die Stelle des Erblaſſers treten ſolle, bringt den Uebergang wie des Eigenthums ſo der Obligationen (und alles andere) von ſelbſt mit ſich; es iſt kein Bedürfniß da, den Schatten des Verſtorbenen hereinzubeſchwören.“ Brinz, Pand. S. 672.“

[1]) Vergl. auch Wächter, Erörter. aus dem Röm., Deutſch. und Württemb. Privatrechte Heft I S. 1—15 und Handbuch des Württemb. Privatr. II. S. 239 f.

Sintenis, pract. gemein. Civilrecht I S. 433 f. Note 60.

Heimbach in Weiske's Rechtslexicon IX S. 483—489.

Unger, Syſtem des öſterreich. allgem. Privatr. I S. 470 ff.

Förſter, Theorie und Praxis des heut. gemeinen preußiſchen Privatrechts I S. 97.

Ueber die deutſch-rechtliche Auffaſſung des Erbrechts ſagt:

v. Gerber, Syſtem des Deutſch. Privatrechts (7. Auflage, Jena 1860) § 248 . . . Das ältere deutſche Recht kennt kein Erbrecht im obigen Sinne (Univerſalſucceſſion), ſondern nur eine durch den Tod vermittelte Berechtigung auf die einzelnen Gegenſtände des Nachlaſſes. Dieſe Eigenthümlichkeit beruht nicht auf einem beſonderen erbrechtlichen Principe des deutſchen Rechts im Mittelalter, ſondern darauf, daß es die faktiſche und rechtliche Individualität der Gegenſtände nicht überwindet und in einer begrifflichen Einheit

§ 352. «In wie fern die Erbschaft durch das, was gewisse Miterben bei der Theilung unter einander einwerfen müssen, einen Zuwachs erhalte, ist gehörigen Orts bestimmt.» (§§ 303 ff. Tit. 2 Th. II.)

7. Mit Recht bemerkt der Gesetz-Revisor (Pensum XVI S. 1): Nach dem A. L. R. findet kein Zuwachs der Erbschaft durch Einwerfung statt. Es folgt nur eine Ausgleichung unter den Descendenten, indem die nicht bedachten soviel zum Voraus nehmen, als die bedachten erhalten haben. Der § 352 ist daher unpassend.

---

§ 353. «Alles, was an fremdem Eigenthume, oder dessen Zuwüchsen, in der Gewahrsam des Verstorbenen gefunden worden, gehört nicht zu seiner Erbschaft.»

8. Vergleiche:

Ulp. l. 5 § 10 D. ut in poss. leg. (36, 4): Si deposita res apud defunctum fuerit, vel commodata, locum missio non habet, quia non sunt istae res hereditariae.

Ulp. l. 4 § 2 D. fam. ercis. (10, 2): Sed et si quid ex peculatu, vel ex sacrilegio acquisitum erit, vel vi aut latrocinio, aut aggressura, hoc non dividetur.

---

aufgehen läßt. Es hängt dies mit dem Umstande zusammen, daß das ältere deutsche Recht als den wesentlichsten Theil des Vermögens der Menschen das Grundeigenthum voraussetzt; erst dann, wenn daneben auch Forderungsrechte als gleichberechtigter Bestandtheil anerkannt werden, drängt sich von selbst die Verschmelzung des Nachlasses zu jener Einheit auf, welche in dem Begriffe der Persönlichkeit ihren Mittelpunkt findet.

Bluntschli, deutsches Privatr. (2. Aufl.) § 204 S. 572: Der römische Gedanke, daß die Erbschaft ein Ganzes sei, welches die einzelnen zurückgelassenen Vermögensrechte und Schulden in sich begreife, und daß der Erbe in diese Gesammtheit von vermögensrechtlichen Verhältnissen des Erblassers eintrete, ist nun auch von dem neueren Rechtsbewußtsein aufgenommen, aber nicht mit der ausschließlichen Consequenz wie im röm. Rechte durchgeführt worden. Insbesondere der Uebergang der Liegenschaften auf den Erben hat auch im neueren Rechte noch oft einen singulären Charakter, und wir pflegen überhaupt den Gegensatz der universellen und singulären Erbfolge nicht für so unversöhnlich zu halten, wie die Römer.

Die deutschen Rechtsquellen über das rechtliche Verhältniß des Erben siehe in Kraut's Grundriß § 184.

Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts S. 31, 32: . . . Die Erbschaft gewährt unter Umständen einen wirksamen Rechtsschutz, aber dieser Schutz ist relativer Art, insbesondere gibt Erbschaft kein Eigenthum an fremden Sachen. Denn es wird gesagt, daß der Erbe fremde im Nachlaß befindliche Sachen herausgeben soll,

Sächs. L. R. III. 31 § 2. Schwabenspr. 58. Gosl. Stat. S. 10, Z. 15, 16; S. 100 Z. 9—11. Kl. Kaiserr. II. 104.

daß sie ihm abgenommen werden können

Sächs. L. R. II. 44 § 2.

und daß seine Gewere überall nur die ist, welche der Erblasser hatte, wie denn auch die auf Erbfolge beruhende rechte Gewere nur gegen Erbansprüche Anderer schützt.

Albrecht S. 106, 107.

9. Es fragt sich:

Wenn der Erbe die vom Erblasser angefangene Ersitzung vollendet, ist die erworbene Sache als Erbschaftssache zu betrachten?

Ist auch diejenige Sache als zur Erbschaft gehörig zu betrachten, welche der redliche Erbe eines unredlichen Besitzers usucapirt?

Beide Fragen werden zu bejahen sein, weil der Erbe die Sache immer nur in seiner Eigenschaft als Erbe erwirbt, der Erwerb also, gleich den vom Erben gezogenen Früchten einer Nachlaßsache, immer einen Zuwachs der Erbschaft bildet.

Vergl. Ulp. l. 20 § 3 D. de her. pet. (5, 3): Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si quae postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem. Nam hereditas et augmentum recipit, et deminutionem. Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus, non: quia personae possessoris accedunt. Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam, sive post aditam hereditatem accesserint. Sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.

Paul. l. 9 D. fam. ercis. (10, 2): Veniunt in hoc judicium res, quas heredes usuceperunt, quum defuncto traditae essent; hae quoque res, quae heredibus traditae sunt, quum defunctus emisset.[1])

[1]) Die gleichfalls von Paulus herrührende l. 19 § 1 D. de her. pet. (10, 3): Quod si pro emtore usucapio ab herede impleta sit, non veniet in hereditatis petitione: quia heres, id est petitor eam vindicare potest, nec ulla exceptio datur possessori — steht nicht entgegen, weil sie nur dem dritten Besitzer gegenüber bestimmt, daß eine solche Sache nicht mit der hereditatis petitio, sondern mit der vindicatio vom Erben zu verfolgen ist.

Vergl. Bering, Röm. Erbrecht S. 549.

§ 355. «Insofern aber dem Erblasser auf dergleichen fremde Sachen (§ 353, 354) Rechte zukommen, welche ihrer Natur nach durch den Tod nicht erlöschen, machen diese Rechte einen Theil der Erbschaft aus.»

10. Vergleiche:

Ulp. l. 10 D. fam. ercis. (10, 2): . . . sed et vectigalia, vel superficiaria, nec minus hae quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet (veniunt in hoc judicium).

Paul. l. 19 pr. D. de her. pet. (5, 3): Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur: sicut illae, quorum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae, vel depositae sunt, nulla sit facilo actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui. — — § 2. Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem . . .

Arndts, Beiträge zu verschied. Lehren des Civilrechts und Civilproz. Heft 1 S. 28, 29: Es können Sachen, welche der Verstorbene besaß, ja nur detinirte, auch wenn sie nicht dem Eigenthum nach in sein Vermögen gehören, unter die hereditatis petitio fallen. Denn obgleich weder juristischer Besitz noch Detention ipso jure auf den Erben übergehen (v. Savigny, Recht des Besitzes § 21), so entspricht es doch dem Wesen der Erbfolge, daß auch in jene factischen Verhältnisse, soweit sie juristische Vortheile gewähren, der Erbfolger eintrete, und wer ihm die Möglichkeit dazu anmaßlich entzieht, der verletzt zwar keinen Besitz des Erbfolgers, weil dieser ihn nicht hatte, aber er verletzt dessen Successionsrecht (l. 19 pr. § 2 D. de h. p.).

---

§ 360. «Rechte, Verbindlichkeiten, Lasten und Strafen, welche bloß an der Person des Erblassers haften, sind zu seiner Erbschaft nicht zu rechnen. (Einleit. § 102, Tit. 2 § 40.»[1])

---

[1]) Einl. § 102: „Rechte, welche nur der Person ankleben, verschwinden durch derselben Tod."

Tit. 2 § 40: „Rechte, die bloß an den Stand gebunden sind, werden einem Inbegriffe von Sachen und Rechten im gesetzlichen Sinne nicht beigezählt."

Hierher gehört auch Einl. § 63: „Privilegien, welche einer bestimmten Person verliehen worden, erlöschen mit dem Abgange des Privilegirten."

a. Rechte.

11. Paul. l. 68 D. de R. J.: In omnibus causis id observatur, ut ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat.

Modest. l. 196 eod.: Privilegia, quae personae sunt, ad heredem non transcunt.

Ulp. l. 1 § 1 D. de jure immun. (50, 6): Personis datae immunitates heredibus non relinquuntur.

Id. l. 3 § 1 D. de cens. (50, 15): . . . personis quidem data immunitas cum persona extinguitur.

Donell. com. de jure civ. Lib. VII Cap. X § 12. Hic tamen ex universo jure defuncti excipiuntur genera duo, quae non transcunt ad heredes: jus personale; et ex actionibus actio injuriarum, et si qua est similis. § 13. Personale jus vocamus, quod aut in facto personae consistit, ut in utendo; aut certae personae ita tribuitur, ut huic personae sola, non res locum faciat. Quae et alibi dicuntur personae cohaerere (l. 3 § 3 quib. mod. usufr. am., l. 17 pr. de excep., l. 8 § 3 de lib. leg.). Quodcunque ejusmodi est, sicut personae cohaeret, ita cum persona finitur, eoque ad heredem non transit (l. 12, 13 sol. matr.). Ex priore genere est inter jura in rem servitus personae, exempli causa usufructus . . . § 14. Posterioris generis sunt exceptiones eae, quae parenti, patrono, marito, et similibus personis, hoc ipso, quod tales sunt, id est, ob pietatem aut reverentiam tribuuntur (l. 7 pr. de excep., l. 12, 13 sol. matr.). De actione autem injuriarum, et si qua similis inveniatur, has nec competere heredibus scriptum est in § 1 J. de perp. et temp. act. . . .

Baieriſches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Theil III Kap. 1 § 6: „Die Erbſchafts-Antretung thut folgende Wirkung: 1mo Repräſentirt der Erbe durchaus die Perſon des Erblaſſers, und tritt in ſeine Stelle, ſowohl active als paſſive ein, Jura personalissima ausgenommen, welche nur auf des Verſtorbenen Perſon allein eingeſchränkt geweſen, ſohin durch deſſen Tod erlöſchen . . .“

Oeſterr. bürgerl. Geſetzbuch § 1448. „Durch den Tod erlöſchen nur ſolche Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf die Perſon eingeſchränkt ſind, oder die bloß perſönliche Handlungen des Verſtorbenen betreffen.“

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 1007. „Forderungen, welche vermöge ihrer Natur oder vermöge beſonderer Uebereinkunft an die Perſon des Gläubigers gebunden ſind, erlöſchen mit deſſen Tode. Dasſelbe tritt mit dem Tode des Schuldners ein, wenn eine rein perſönliche Leiſtung desſelben Gegenſtand der Forderung iſt.“[1])

---

[1]) So beſtimmt auch der Entwurf eines für die deutſchen Bundesſtaaten gemeinſamen Geſetzes über Schuldverhältniſſe (nach den in erſter Leſung gefaßten Beſchlüſſen) Th. I Art. 394. „Forderungen und Verbindlichkeiten erlöſchen mit dem Tode des Gläubigers oder des Schuldners, wenn ſie ver-

§ 2284. „Rein persönliche Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers gehen auf den Erben nicht über."

12. Eine hierher gehörige Frage ist:

Geht das Recht, eine erlittene Beleidigung im Prozeßwege zu rügen, mit dem Tode des Beleidigten auf dessen Erben über?[1])

Das römische Recht nahm diesen Uebergang mit der Litiscontestation an.

Ulp. l. 13 pr. D. de injur. (47, 10): Injuriarum actio neque heredi, neque in heredem datur . . . Semel autem lite contestata, hanc actionem etiam ad successores pertinere.

Id. l. 28 eod.: Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.

Maecian. l. 32 pr. D. ad L. Falc. (35, 2): . . . Sed nec in actoris quidem bonis, defuncto eo, injuriarum actio poterit computari: quia et ipsa simul cum eo intercidit . . .

Ulp. l. 26 D. de O. et A. (44, 7): Omnes poenales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt.

Paul. l. 164 D. de R. J.: Poenalia judicia semel accepta in heredes transmitti possunt.

Nach dem neueren Recht hat jedoch die Injurienklage die Natur einer Privatpönalklage verloren, eben so ist das Wesen und die Bedeutung der römischen litis contestatio dem heutigen Prozeßrechte fremd. Wir sind hiernach an die positiven Vorschriften unseres Rechts gewiesen.

---

möge ihrer Natur oder vermöge besonderer Vereinbarung an die Person des Ersteren oder Letzteren geknüpft sind."

(In wesentlicher Uebereinstimmung mit dem Entw. eines bürgerl. Gesetzbuches für das K. Bayern Th. II Art. 213.)

[1]) Nicht zu verwechseln ist damit der Fall, wenn in Beziehung auf einen Verstorbenen eine Injurie verübt wurde. Hier kann der Erbe vermöge eigenen Rechts als der mittelbar Beleidigte die Klage anstellen. Vergl. l. 1 § 4, 6 l. 27 D. de injur. (47, 10.) Abegg, Beiträge zu der Lehre von strafbaren Handlungen in Beziehung auf Verstorbene (im Archiv des Crim.-Rechts 1844 S. 461 f.). Goltdammer, Commentar zum Preuß. Strafgesetzbuch II S. 340 f.

Die oben aufgestellte Frage behandelt Temme, Beiträge zum Preuß. Strafrechte (Berlin 1842). Vierte Abhandlung: „Ueber den Uebergang der Injurien-Prozesse auf die Erben des Beleidigten." (Vergl. dazu Schneider's N. Krit. Jahrbücher 1844 S. 1024; desgl. Goltdammer, Archiv des Preuß. Strafrechts I S. 395.)

Digitized by Google

Das ältere Preußiſche Strafrecht (Th. II Tit. 20 des Allg. Land-Rechts) enthielt im § 605 die Beſtimmung:

> „Dagegen können die Erben des Beleidigten, wenn dieſer vor erhaltener Genugthuung, jedoch nach Inſinuation der Klage geſtorben iſt, verlangen, daß die Genugthuung dem Andenken ihres Erblaſſers geleiſtet werde."

Dieſe Vorſchrift, deren fernere Anwendbarkeit ſchon durch die Aufhebung des Rechts auf Privatgenugthuung (Abbitte, Ehrenerklärung) zweifelhaft wurde, iſt in das Strafgeſetzbuch vom 14. April 1851 nicht übergegangen. Es findet ſich hier nur der allgemeine Grundſatz:

> § 160. „Die Beſtrafung einer Ehrverletzung erfolgt nur auf den Antrag des Beleidigten."

Hiernach iſt wohl ſoviel als unzweifelhaft zu erachten, daß eine dem Erblaſſer bei ſeinen Lebzeiten widerfahrene, aber von ihm ungerügt gebliebene Beleidigung dem Erben nicht das Recht zur Anſtellung der Injurienklage gibt. — Es bleibt daher nur die Frage übrig:

> ob der Erbe zur Fortſetzung des von dem Erblaſſer bereits angeſtellten Injurienprozeſſes, und zwar rückſichtlich des Strafantrages, nicht bloß in Betreff der Prozeßkoſten, berechtigt iſt.

Unſer Ober-Tribunal hat dieſe Frage in einem von Goltdammer (Archiv des Preuß. Strafrechts I S. 395) mitgetheilten Erkenntniſſe vom 10. November 1852 bejaht. Dieſe Entſcheidung beruht auf den Erwägungen:

> „daß, dem Grundſatze des gemeinen Rechts entſprechend (l. 28 D. de injur. und l. 26 D. de O. et A.), wonach nach angefangenem Prozeſſe reſp. nach erfolgter Litiskonteſtation Injurienklagen auf die Erben übergehen, im § 38 Tit. 1 und im § 51 Tit. 7 der Proz.-Ordn. zu denjenigen Klagen, welche, wenngleich ſie von dem Erben nicht angeſtellt werden können, doch auf die Erben übergehen, der Antrag auf Privatgenugthuung bei Beleidigungen gehört, wenn die Klage von dem Beleidigten bereits angeſtellt und die Inſinuation derſelben bei ſeinen Lebzeiten erwirkt iſt — § 605 Tit. 20 Th. II Allg. Landrecht — daß jedenfalls bis zur Aufhebung der Privatgenugthuung durch die Kab.-Ord. vom 1. November 1811 kein Grund vorlag, den mit dem Antrage auf Privatgenugthuung verbundenen Antrag auf Beſtrafung nach anderen Grundſätzen zu beurtheilen, und daher bei dieſer Vorausſetzung die auf die Thatſache der Anſtellung und Inſinuation der Klage zu Lebzeiten des Erblaſſers des Klägers geſtützte Ausführung des Appellationsrichters nicht entkräftet werden würde, daß aber, da es ſich ſeit der Aufhebung der Privatgenugthuung nur um die öffentliche Strafe handelt, der Umſtand allein, daß der Beleidigte, welcher die Beſtrafung verlangt hat, verſtorben iſt, den Beleidiger von der Strafe nicht

befreien kann, vielmehr, wenn die Beleidigung im Civilprozesse gerügt ist, es lediglich darauf ankommt, die Person desjenigen zu ermitteln, mit welcher der Prozeß an die Stelle des, den Ankläger vertretenden Klägers ferner zu verhandeln ist, diese Frage aber nur nach den Grundsätzen des Tit. 20 der Proz.-Ordnung von Litisreassumtionen zu entscheiden ist, so wie es auch nach Art. XVII des Einführungsgesetzes vom 14. April 1851 nicht zweifelhaft sein kann, daß die Ermächtigung des Staatsanwalts, eine Beleidigung auf den Antrag des Beleidigten zu rügen, mit dem Ableben des Beleidigten nicht erlischt, der Gesetzgeber dies vielmehr ausdrücklich bestimmt haben würde, wenn es seine Absicht gewesen wäre, das aus dem Antrage auf Bestrafung hervorgegangene Recht, die Bestrafung zu verlangen, mit dem Ableben des Beleidigten erlöschen zu lassen."

13. In Betreff der Frage:

ob die Befugniß, Schmerzensgeld zu fordern, auf die Erben des Beschädigten übergehe,

ist zu verweisen auf die „Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts" IV. S. 175 f. (A. M. ist Koch, Komment. zum A. L. R. I S. 390 Anm. 61 a. E. 4. Aufl.). Vergl. auch Voet, com. ad P. IX. 2 § 11, Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts § 337, Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiss. I § 173, Glück, Com. X S. 389, Unger, Syst. des österr. Privatr. I S. 572 Note 15, Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 179 Note 22.

Ebenso ist die Frage:

ob die dem Geschenkgeber nach § 1090 Tit. 11 Th. I des Allg. Landrechts zustehende Befugniß, eine außergerichtliche, durch die Uebergabe vollzogene Schenkung binnen sechs Monaten zu widerrufen, auch von seinen Erben ausgeübt werden könne,

bereits in den gedachten „Beiträgen" II. S. 429 f. erörtert.

b. Verbindlichkeiten und Lasten.

14. Puchta, Vorlesungen I. S. 184: Auf Seiten des Beklagten sind die Klagen eine Vermögensverminderung, ein Minus des Vermögens, in welches der Erbe so gut eintritt, als in das Plus. Dieser Grundsatz aber setzt voraus, daß der Erblasser aus einem stehenden Grund der Klage verhaftet ist, er kann keine Anwendung finden, wenn dies bloß aus einem veränderlichen Grunde der Fall war, wie bei dem Eigenthümer einer gewissen Sache, oder Besitzer (z. B. Noxalklage, actio ad exhibendum). Bei dinglichen Klagen ist dies der gewöhnliche Fall, obwohl nicht immer. Da der Erblasser selbst nur so lange Beklagter war, als er in jenem Zustande sich

befand, ſo kann natürlich auch ſein Erbe nur unter dieſer Vorausſetzung Beklagter ſein.[1])

c. Strafen.

15. § 1 J. de perp. et temp. act. (4, 12): . . . Est certissima juris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem rei non competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae . . .

Gaj. l. 111 § 1 D. de R. J.: In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio . . .

Marcell. l. 22 D. de op. nov. nun. (39, 1): . . . in poenam heres non succedit.

Paul. l. 20 D. de poenis (48, 19): Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio jure, ne ad heredes transeat; cujus rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.[2])

Mühlenbruch, Fortſetz. von Glück's Comment. B. 43 S. 16, 17: Eine eigentliche Strafe kann nur den Verletzenden ſelbſt treffen, nicht auch deſſen Erben, gleichviel, ob ſie in einem Vermögensverluſt oder in einer ſonſtigen Abbüßung beſteht. Der Satz des röm. Rechts: „poenalibus actionibus heredes non tenere“ oder „poena ad heredem non transit, in poenam heres non succedit“ (l. 1 pr. de priv. del. 47, 1. l. 16 § 2 quod met. c. 4, 2. l. 22 de op. nov. nun. 39, 1) beruht daher auf einem durchaus richtigen Princip . . .

Puchta, Vorleſ. I S. 184: Die Strafe würde ihren Charakter ganz verlieren, wenn ſie über einen Andern, als den Begeher der unerlaubten Handlung verhängt würde. Ob ſie den Leib, oder wie die Privatſtrafen, das Vermögen treffen, iſt gleich. Daher der Grundſatz: heres in poenam non succedit. Durch die Litisconteſtation mit dem Thäter wird das Verhältniß ein anderes; in die obligatio, welche dadurch entſtanden und wodurch die Verpflichtung, das Urtheil zu erfüllen, übernommen iſt, ſuccedirt der Erbe.

---

[1]) In Betreff der Frage:

ob und inwiefern die Beſitzſtörungsklage auch gegen die Erben des Störers zuläſſig ſei,

iſt auf die „Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts“ V S. 477 f. Bezug zu nehmen.

Vergl. auch bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2289 „. . . Beſitzklagen, welche gegen den Erblaſſer zuſtanden, können gegen den Erben nur angeſtellt werden, wenn derſelbe die Beſitzſtörung fortſetzt oder wenn und ſoweit durch die Beſitzſtörung Etwas auf ihn gekommen oder Schadenserſatz zu leiſten iſt.“

[2]) Vergl. Hugo Grotius de jure belli ac pacis Lib. II c. XXI § 19: Heres vero cur de ceteris debitis teneatur, de poena non teneatur . . . vera causa haec est, quod heres personam defuncti refert non in meritis, quae sunt mere personalia, sed in bonis quibus ut cohaerent ea quae alicui debentur, ex ipsa rerum inaequalitate, simul cum dominio fuit introductum.

§ 361. «Insofern aber aus Rechten oder Pflichten, die mit dem Tode des Erblassers erlöschen, noch bei seiner Lebenszeit Folgen entstanden sind, die ein nach Gelde zu schätzendes Interesse begründen, gehört dieses Interesse allerdings zu seinem Nachlasse.»[1])

16. Einen Fall dieser Art behandelt:

Paul. l. 46 § 1 und Pomp. l. 47 D. de usufr. (7, 1): Si testator jusserit, ut heres reficeret insulam, cujus usumfructum legavit: potest fructuarius ex testamento agere, ut heres reficeret. Quod si heres hoc non fecisset, et ob id fructuarius frui non potuisset, heres etiam fructuarii eo nomine habebit actionem, quanti fructuarii interfuisset, non cessasse heredem: licet ususfructus morte ejus interiisset.

---

§ 362. «Rechte und Pflichten aus Verträgen, ingleichen diejenigen, welche den Ersatz eines aus unerlaubten Handlungen entstandenen Schadens betreffen, werden in der Regel der Erbschaft beigerechnet.»

a. Rechte und Pflichten aus Verträgen.

17. Paul. l. 49 D. de O. et A. (44, 7): Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur . . .

Ulp. l. 152 § 3 D. de R. J.: In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.

Id. l. 157 § 2 eod.: In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur: hoc est, unusquisque pro ea parte, qua heres est.

Pompon. l. 12 D. de O. et A. (44, 7): Ex depositi, et commodati, et mandati, et tutelae, et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 547: „Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beyde werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten . . .“

---

[1]) Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 148: „. . . Klagen aus Verhältnissen, welche mit dem Tode des Berechtigten oder Verpflichteten erlöschen, gehen nur rücksichtlich der bei ihren Lebzeiten erwachsenen und des Ueberganges durch Erbrecht fähigen Ansprüche auf und gegen die Erben über.“

§ 548. „Verbindlichkeiten, die der Erblaſſer aus ſeinem Vermögen zu leiſten gehabt hätte, übernimmt ſein Erbe . . .“

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2282. „Alle Laſten der Erbſchaft und alle Verbindlichkeiten des Erblaſſers . . . gehen auf den Erben über.“

Privatrechtl. Geſetzbuch für den Kanton Zürich § 2011. „Die Erben treten in der Regel in allen vermögensrechtlichen Beziehungen an die Stelle des Erblaſſers.“ [1])

b. Rechte und Pflichten aus unerlaubten Handlungen.

18. Unter den Rechten ſind hier die dem Erblaſſer zuſtehenden Erſatzanſprüche aus unerlaubten Handlungen Dritter zu verſtehen.

Es fragt ſich aber, ob auch die nach dem Tode des Erblaſſers in Betreff einzelner Erbſchaftsſachen entſtandenen Erſatzforderungen ſolcher Art als zur Erbſchaft gehörig zu betrachten ſind.

Die römiſchen Juriſten ſprechen ſich hierüber dahin aus:

Paul. l. 14 D. de her. pet. (5, 3): . . . Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, . . . qui ante aditam hereditatem damnum dedit, Gaj. l. 15 eod.: vel aliquam rem hereditariam surripuerit.

Paul. l. 36 § 2 eod.: Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere, utrum velit, sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, omissa ejus rei aestimatione a judice. Quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem.

Ulp. l. 13 § 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, quum dominus nullus sit hujus servi; et ait Celsus, legem domino damna salva esse voluisse; dominus ergo hereditas habebitur, quare adita hereditate heres poterit experiri.

Pomp. l. 43 eod.: Ob id, quod antequam hereditatem adires, damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem ejus, cui heres sis, acciderit; dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, quum

---

[1]) Vergl. auch Hillebrand, Deutſche Rechtsſprichwörter (Zürich 1858) Nr. 197. „Schulden ſind der nächſte Erbe.“

Nr. 198. „Erfniß is gein Winſte“ (das Erben gehört an und für ſich nicht zu den Geſchäften, die reinen Gewinn bringen).

damnum daretur; nam isto modo ne ab eo quidem, cui heres quis erit, transire ad eum ea actio poterit . . .[1])

Die hier gemachte Unterscheidung zwischen den vor und den nach dem Antritte der Erbschaft an Nachlaßsachen begangenen Delikten ist auf unser Preußisches Recht nicht anwendbar, da dasselbe sofort mit dem Erbanfalle das Eigenthum der Erbschaft an den Berufenen übergehen läßt, eine hereditas jacens also gar nicht kennt. Bei uns ist daher jene Frage nach einem anderen Gesichtspunkte zu entscheiden, und zwar dahin:

> daß in allen Fällen, wo die Verschmelzung (confusio) der Vermögensmassen des Erblassers und des Erben, es sei in Folge der Rechtswohlthat des Inventars oder des Separationsrechtes, gehindert ist, wo also auch nach dem Erbantritte die Erbschaft als ein gesondertes Vermögen erscheint, an die Stelle der durch fremdes Delikt vernichteten oder beschädigten Erbschaftssache der betreffende Ersatzanspruch tritt (pretium succedit in locum rei), also einen Theil der Erbschaftsmasse bildet.

19. In Betreff der Pflicht zum Ersatz eines aus unerlaubten Handlungen entstandenen Schadens ist auf die Glossen zu der gleichlautenden Vorschrift des § 28 Tit. 6 Th. I A. L. R.[2]) („Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts" III S. 481—485) zu verweisen. Nur Folgendes sei hier nachgetragen:

a) in Betreff des römischen Rechts:[3])

Ihering, Geist des röm. Rechts Th. I S. 130, 131: Die Privatstrafen des röm. Rechts erscheinen als die gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich fixirten Preise, für die die ursprünglich statthaft gewesene Privatrache abgekauft werden konnte und mußte. Es erklärt sich aus diesem Gesichtspunkte, warum die Deliktsklagen des späteren Rechts, wie z. B. die actio L. Aquiliae wegen Beschädigung oder Vernichtung von Sachen, selbst soweit sie reinen Schadenersatz zum Gegenstande haben, nicht gegen die Erben des Thäters gerichtet werden können. Daß Leistung des Schadenersatzes als Strafe aufgefaßt wird, hat für uns etwas Befremdendes, und unser heutiges Recht hat sich in dieser Beziehung von dem römischen entfernt. Diese Sonderbarkeit erklärt sich aber ganz befriedigend aus der bisher dargestellten Ansicht.

---

[1]) Vergl. auch l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43, 24) und l. 1 § 6 D. de injur. (47, 10.)

[2]) „Die Verbindlichkeit zum Schadenersatz geht auf die Erben des Beschädigers über."

[3]) Das Prinzip desselben spricht Brinz, Lehrb. der Pand. S. 387 dahin aus: Die Verfolgung des Unrechts geht über den Urheber nicht hinaus; andererseits soll der Erbe doch wenigstens keinen Vortheil aus demselben behalten.

Beschädigung fremder Sachen ist ein Delikt, das die Privatrache des Eigenthümers hervorruft. Mit dem Tode des Thäters aber fällt die Rache hinweg, denn sein Erbe übernimmt nur das Vermögen und damit die Schulden desselben, nicht aber dessen Feindschaften und Fehden. Da nun die Strafe gezahlt wird, um sich der Fehde zu entziehen, so hat nur der Thäter sie zu entrichten, nicht aber der Erbe. Als natürliche Folge des Delikts gilt nicht die Verpflichtung zum Schadensersatz, sondern die Privatrache, letztere geht aber über den bloßen Schadensersatz hinaus, denn es ist neben der Sache zugleich die Persönlichkeit des Eigenthümers gekränkt, und wenn letzterer sich eine poena oder Abfindungssumme zahlen läßt, so hat dieselbe die Bestimmung, ein Surrogat der Rache zu sein, oder man kann auch sagen, eine Befriedigung der Rachlust zu gewähren. Ueber dieser persönlichen Richtung des Delikts ist die sächliche im röm. Recht gar nicht zur besonderen Anerkennung gelangt.

Außerdem ist noch zu verweisen auf:

Wilh. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts. Erster Theil (Gießen 1833) 1. Abhandlung, §§ 30—32. Uebergang der actiones ex delicto auf die Erben.

Herm. Witte, die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (Halle 1859) S. 319 f.

Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 180 f.

b) in Betreff des deutschen Rechts:

C. A. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte. B. 1 (Rostock und Schwerin 1853) S. 308: Die Verpflichtung der Erben, die Schulden des Erblassers zu zahlen, ist (im germanischen Recht) im Gegensatz zum römischen keine unbeschränkte. Die Erben, welche die Güter des Verstorbenen erhalten, müssen allerdings auch die Schulden desselben bezahlen; diese Verpflichtung beruht aber nicht, wie im röm. Recht, auf der Fiction der Personeneinheit zwischen dem Erblasser und dem Erben, sondern auf dem Princip, daß mit dem Nachlasse auch die darauf ruhenden Verbindlichkeiten auf den Erben übergehen. Daher kann jene Verpflichtung zunächst keinenfalls über den Bestand des Nachlasses hinausgehen, wie im röm. Recht, und sie ergreift ferner auch nicht alle Schulden, sondern nur diejenigen, mit denen die Erbschaft zu belasten der Erblasser sittlich berechtigt war: Sie beschränkt sich daher nach dem Recht des Sachsenspiegels einerseits, weil der Erbe die Immobilien nicht willkürlich veräußern durfte, auf den Bestand der fahrenden Habe, andererseits, weil der Erblasser zu Liberalitätshandlungen auf Kosten der Erben nicht befugt war, auf diejenigen Schulden, für welche der Erblasser ein Aequivalent empfangen, oder zu fordern hatte, bei denen also der Gesichtspunkt der versio in rem zutrifft.

Vergl. auch Schilter, Exerc. ad P. XIX §§ 73—75 und insbesondere O. Stobbe: Ueber das Eintreten des Erben in die obligatorischen Verhältnisse des Erblassers nach deutschem Recht (in Bekker's und Muther's Jahrbuch V (1862) S. 293 ff.), desgl. die neueste

Schrift: Die Succeſſion des Erben in die Obligationen des Erblaſſers nach deutſchem Recht. Dargeſtellt von Dr. William Lewis. Berlin 1864. §§ 13. 14.

c) in Betreff der neueren Geſetzgebungen:[1])

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2282. „Alle Laſten der Erbſchaft und alle Verbindlichkeiten des Erblaſſers, ſelbſt die aus unerlaubten Handlungen entſtandenen, gehen auf den Erben über."

Entwurf eines bürgerl. Geſetzbuches für das K. Bayern Th. II Art. 79. „Der Anſpruch auf Schadenserſatz, ſowie die Verbindlichkeit dazu gehen auf die Erben über."[2])

Entwurf eines für die deutſchen Bundesſtaaten gemeinſamen Geſetzes über Schuldverhältniſſe (nach den in erſter Leſung gefaßten Beſchlüſſen). Erſter Theil Art. 232. „Das Recht auf Schadenserſatz, ſowie die Verbindlichkeit hierzu geht auf die Erben über, wenn nicht ein Geſetz etwas Anderes beſtimmt."

---

[1]) Dieſe folgen den ſchon von den Naturrechtslehrern aufgeſtellten Grundſätzen.

Vergl. Schilter l. c. § 74: ... Obligatio (damnum dantis delicto) ex duabus constat partibus, respectu rei ablatae aut corruptae, ad damni reparationem, respectu injuriae, ad correctionem personae et emendationem poenalem, quae vel privata est, vel publica, nentra antem ad heredem regulariter transmittitur: at prior illa obligationis species, ad damni reparationem non personam respicit delinquentis, sed rem ac bona, ex quibus reparatio est facienda. Sicut igitur damnum dans obligatus est, ad damnum resarciendum ex bonis suis, ita damnum passus habet jus et actionem ad rem ablatam vel corruptam reparandam ex bonis laedentis. Utrumque ergo et obligatio et jus petendi transit cum hereditate ad heredes: quum hereditas sit obligata, et per ejus aditionem etiam heres. In hanc sententiam Pufendorff l. 3 de J. N. G. c. 1 § 11 ait.: „praestationes personales solvit mors, non debita, quae bonis velut inhaerent, eaque ad quosvis possessores comitantur. Quale est hoc debitum damni reparandi." Imo ipsae etiam personales praestationes ad heredem transmittuntur, quatenus ex obligationibus non poenalibus proveninnt, et non poenae, sed rei praestationem designant, qualis est rei reparatio. Atque hoc est, quod moralistae in foro conscientiae heredem teneri ad reparandum damnum asserunt. Conf. Brunnemann in D. si mensor fals. mod. l. 3 n. 3.

[2]) In den Motiven (München 1861) S. 79 wird dazu bemerkt: Der Art. 79, wonach der Anſpruch auf dieſen Erſatz auch gegen die Erben des Beſchädigers unbedingt (alſo nicht beſchränkt auf den Fall ihrer Bereicherung) geltend gemacht werden kann, enthält eine in allen neueren Geſetzgebungen adoptirte Aenderung des gemeinen Rechts, hervorgegangen aus der Erwägung, daß der Erbe in alle Vermögensrechte des Erblaſſers eintritt, und daher von ſelbſt auch deſſen Verbindlichkeiten, wozu offenbar auch der Schadenserſatz gehört, auf ihn übergehen müſſen, weil dieſe ja aus dem Vermögen des Erblaſſers zu erfüllen waren.

§ 363. «Geldstrafen sind aus der Erbschaft nur insofern zu entrichten, als sie gegen den Erblasser wirklich schon erkannt, oder doch die Untersuchung gegen ihn schon soweit geschlossen worden, daß der rechtlichen Festsetzung ferner nichts im Wege steht.»

20. Diese Bestimmung, welche auf der Erwägung beruhte, daß nach Billigkeitsgründen die noch nicht rechtskräftig erkannte Strafe wegfallen müsse, weil der Erblasser sich nicht mehr vertheidigen könne, daß dieser Grund jedoch nicht gelten könne, wenn noch bei dessen Lebzeiten die Sache soweit instruirt worden, daß der Festsetzung der Strafe nichts mehr entgegenstehe,[1]) ist durch den § 20 des Strafgesetzbuches dahin abgeändert worden:

„Geldstrafen können in den Nachlaß eines Angeschuldigten nur dann vollstreckt werden, wenn derselbe bei Lebzeiten rechtskräftig verurtheilt worden ist." [2])

Dies stimmt auch mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts überein.

Julius Merkel in Weiske's Rechtslexikon XI S. 425: . . . Geldstrafen treffen die Erben nicht, wenigstens nicht so, daß man sagen könnte, es würden die Erben anstatt ihres Erblassers damit gestraft. Vielmehr steht bloß der Verbindlichkeit des Verbrechers zur Verbüßung der Geldstrafe das Recht des Fiskus zur Einnahme der Strafgelder gegenüber, und dieses Recht freilich muß der Erbe so gut als dessen Erblasser anerkennen, also demselben auch durch Zahlung Genüge leisten. Man beschränkt jedoch die Verpflichtung der Erben zur Zahlung der von ihrem Erblasser verwirkten Strafgelder auf den Fall, wenn Inculpat seine Verurtheilung wirklich noch erlebt hat,[3]) und hierbei wird auch noch vorausgesetzt, daß die Geldstrafe dem Inculpaten unbedingt zuerkannt war, da hingegen bei alternativer Zuerkennung die Erben mit der Bezahlung selbst dann zu verschonen sind, wenn der Richter für die Geldstrafe bereits sich entschieden und solche aus-

---

[1]) Gesetz-Revis. Pensum XVI S. 2.

[2]) Vergl. Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuche I S. 200 f.

[3]) Meister, princ. jur. crim. § 59. Feuerbach, Lehrbuch § 139. Weiter geht Tittmann, Handb. der Strafrechtswissensch. § 60. Nach ihm macht der Tod alle Strafe, also auch die Geldstrafe unmöglich, weil kein empfindendes Subject mehr vorhanden ist und der Zweck, Sicherung gegen künftige Verletzungen, undenkbar wird. Ob das Urtheil bei Lebzeiten des Verbrechers schon gesprochen worden ist oder nicht, ist einerlei. Es ist übrigens — fügt er hinzu — unwürdig, Geldstrafen in solchen Fällen einzutreiben und sich mit dem Nachtheile der Erben zu bereichern.

gewählt hatte. Denn eine solche Wahl ist nicht unabänderlich und dem Erben muß auch diese Möglichkeit der Abänderung zu Gute kommen.
Weiß, Comment. zum sächs. C. G. B. S. 203.[1])

So verordnet auch das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch:

§ 548. „. . . Die von dem Gesetze verhängten Geldstrafen, wozu der Verstorbene noch nicht verurtheilet war,[2]) gehen nicht auf den Erben über."

Der Entwurf des Kriminalgesetzbuches für das K. Hannover hatte im Art. 87 von dem Grundsatze, daß der Tod des Verbrechers ein Tilgungsgrund der Strafe sei, dennoch bei der Geldstrafe eine Ausnahme gemacht. Die erste Kommission erhob jedoch dagegen Bedenken. Es wurde erwogen, daß nicht nur ein eigentliches Uebergehen der Strafe auf Erben undenkbar sei, sondern auch kein Strafzweck damit erreicht werde, vielmehr die an dem Verbrechen völlig unschuldigen Erben durch Vollziehung der Strafe getroffen werden, und daß die Erben sich immer besser stehen würden, wenn eine schwerere Strafe erkannt worden, als wenn eine leichtere. Beide Kammern haben sich demnächst, nachdem die zweite Kammer, im Widerspruche mit der ersten, unbedingt den Grundsatz angenommen, daß Vermögensstrafen nicht auf die Erben übergehen, über folgende Fassung geeinigt:

„Der Tod des Uebertreters tilgt dessen Strafe; Vermögensstrafen jeder Art aber, welche bei dessen Lebenszeit rechtskräftig wider ihn erkannt worden, sind aus der Verlassenschaft des Verbrechers zu berichtigen."

Archiv des Crim.-Rechts 1838 S. 607.

---

§ 364. «Sachen aber, die wegen eines daran begangenen Verbrechens dem Fiskus verfallen sind, müssen demselben aus dem Nachlasse verabfolgt werden, auch wenn der Erblasser den Abschluß der Untersuchung und die Eröffnung des Confiscationsurtels nicht mehr erlebt hat.»

21. Vergleiche Strafgesetzbuch § 20:

„. . . Die Konfiskation einzelner Gegenstände kann nach dem Tode

---

[1]) Ueber die Realisirung öffentlicher Vermögensstrafen gegen die Erben nach gemeinem Strafrecht vergl. auch Heffter, Lehrb. des gem. deutsch. Strafr. 5. Aufl. § 192.

[2]) und zwar rechtskräftig. Vergl. Hofdekret vom 18. Juli 1820. Unger, das österreich. Erbrecht S. 166.

des Angeſchuldigten in deſſen Nachlaß geltend gemacht werden, ſelbſt wenn zu ſeinen Lebzeiten noch kein Urtheil ergangen iſt.[1])

Geſetz wegen Unterſuchung und Beſtrafung der Zollvergehen § 22:

„Das Eigenthum der Gegenſtände, die der Konfiskation unterliegen, geht mit dem Augenblicke, wo dieſelben in Beſchlag genommen worden ſind, ſogleich auf den Staat über und kann nach den Grundſätzen über die Vindikation gegen jeden dritten Beſitzer verfolgt werden."

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 258:

„Wird auf Verluſt einer beweglichen Sache im Strafverfahren erkannt, ſo erwirbt Derjenige, welchem die Sache zufällt, das Eigenthum derſelben mit der Rechtskraft der Entſcheidung. Spricht das Geſetz den Verluſt des Eigenthums als unmittelbare Folge einer Handlung aus, ſo erwirbt der Staat das Eigenthum von der Zeit der Handlung an."[2])

Macer l. un. pr. D. si pendente appell. mors (49, 13):

. . . Si ademtis bonis relegatus, vel in insulam deportatus, vel in metallum datus, provocatione interposita decesserit, Imperator noster Alexander Pletorio militi ita rescripsit: Quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit, data tamen etiam de parte bonorum ejus sententia proponitur, adversus quam non aliter is, qui emolumentum successionis habet, obtinere potest, quam si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit.

Ulp. l. 4 § 1 D. famil. ercis. (10, 2):

Mala medicamenta et venera veniunt quidem in judicium, sed judex omnino interponere se in his non debet; boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet: Tantumdem debebit facere et in libris improbatae lectionis (magicis forte vel his similibus); haec enim omnia protinus corrumpenda sunt.

---

§ 365. «Die Koſten der Unterſuchung treffen in allen Fällen den Nachlaß, ſobald erhellet, daß der Verſtorbene zu der Unterſuchung auch nur durch Verſehen, oder unvorſichtiges Betragen, gegründeten Anlaß gegeben habe.»

22. Dieſe Vorſchrift iſt in der Allgem. Criminal-Ordnung wiederholt, indem dieſelbe beſtimmt:

---

[1]) Vergl. Goltdammer, Materialien zum Strafgeſetzbuche I. S. 203 f.

[2]) In den „Speciellen Motiven" (Dresden 1861) wird dazu bemerkt: So viel die ſpeciellen Fälle der Verwirkung des Eigenthumes zur Strafe betrifft, ſo richtet ſich die Frage, ob ſchon mit der Contravention oder erſt mit der Beſchlagnahme, oder gar erſt mit der Rechtskraft des auf Confiskation der Sache ſprechenden Erkenntniſſes das Eigenthum verwirkt werde, natürlich zunächſt nach den darüber vorhandenen Geſetzen des öffentlichen Rechts.

§ 610. „Den Nachlaß eines während der Untersuchung verstorbenen Angeklagten treffen die Kosten in allen Fällen, sobald erhellet, daß der Verstorbene zu der Untersuchung auch nur durch Versehen, oder unvorsichtiges Betragen, gegründeten Anlaß gegeben hat."

Diese Bestimmung schließt sich hier an den § 609 an, welcher vorschreibt:

„Die völlige Freisprechung von der Strafe begründet auch die Freisprechung von Bezahlen der Kosten: es sey dann, daß der Angeschuldigte durch ein unbesonnenes oder unredliches Betragen selbst gegründete Veranlassung zur Untersuchung gegeben hätte."

Da nun die letztere Vorschrift durch den § 178 der Verordnung vom 3. Januar 1849 dahin geändert ist:

„Mit der Verurtheilung des Angeklagten zu einer Strafe, sie möge in der ersten oder einer späteren Instanz erfolgen, ist zugleich die Verurtheilung desselben in alle Kosten des Verfahrens auszusprechen. Wird dagegen der Angeklagte für nichtschuldig erklärt, so hat derselbe die Kosten des Verfahrens nicht zu tragen und ist von der Verpflichtung hierzu, wenn ihm dieselbe durch ein Urtel früherer Instanz auferlegt war, freizusprechen."

so ist damit nothwendig auch der § 365 Tit. 9 Th. I A. L. R. für aufgehoben zu erachten, wenn man nicht zu dem sonderbaren Ergebniß gelangen will, daß rücksichtlich jener Kosten der Erbe strenger behandelt wird, als es bei dem Erblasser selbst der Fall gewesen wäre. Dazu kommt noch, daß jene Vorschrift nach der jetzigen Lage unserer Kostengesetzgebung insofern gar nicht mehr ausführbar ist, als das Gesetz vom 10. Mai 1851 im § 48 ausdrücklich verordnet:

„In allen Untersuchungssachen gibt die rechtskräftige Entscheidung den Maßstab für die Höhe des Kostenansatzes und zwar auch für die vorhergehenden Instanzen . . ." [1])

§ 366. «Mit den Rechten und Pflichten in Ansehung der Conventionalstrafen hat es eben die Bewandniß, wie mit andern aus Verträgen entspringenden Befugnissen und Verbindlichkeiten.»

23. Paul. l. 77 D. de V. O. (45, 1): Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita.

[1]) Vergl. auch Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuche I. S. 202 f. Auch die Oesterreichische Strafproz.-Ordn. vom 29. Juli 1853 § 341 hat jene unbillige Bestimmung unseres Landrechts nicht aufgenommen.

Labeo l. 9 D. de naut. foen. (22, 2): Si trajectitiae pecuniae poena, uti solet, promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.

Oeſterreichiſches bürgerl. Geſetzbuch § 1337. „Die Verbindlichkeit . . . zur Entrichtung des bedungenen Vergütungsbetrages (Conventional-Strafe) haftet auf dem Vermögen und gehet auf die Erben über.“ [1])

24. Es fragt ſich:

In wiefern ſind die Erben des unter einer Conventionalſtrafe Verpflichteten zur Entrichtung dieſer Strafe verbunden, wenn nur Einer der Miterben der Hauptobligation zuwidergehandelt hat?

Die römiſchen Juriſten haben dieſen Fall mehrfach zum Gegenſtande ihrer Erörterungen gemacht. So:

Paulus l. 4 § 1 D. de V. O. (45, 1): Cato libro XV scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus, contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti: „iter fieri,“ quia, quod in partem dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti: „amplius non agi,“ tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem: „per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat?“ Sed videamus, ne non idem hic sit; sed magis idem quod in illa stipulatione: „Titium heredemque ejus ratum habiturum?“ Nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum, idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Pomponius l. 5 § 3 eod.: . . . Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, poenam, etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus poenam committet, donec portio coheredis solvatur.

Paulus l. 85 § 3 eod.: Quodsi stipulatus fuero: „per te heredemve tuum non fieri, quominus eam agam; si adversus ea factum

---

[1]) Unger, das öſterreichiſche Erbrecht S. 171 Anm. 10: Die unbedingte Vererbung der Verpflichtung zur Bezahlung einer Conventionalſtrafe erklärt ſich daraus, daß dieſe Verpflichtung eine rein vertragsmäßige iſt. Syſtem II § 114 Note 16. Köppen, Syſtem S. 181. Mit Recht beſtimmt daher der § 496 des Gefällſtrafgeſ., daß „der Tod desjenigen, der durch ein Uebereinkommen die Haftung für eine Gefällsübertretung oder für einen Strafbetrag übernahm, die aus dieſer Haftung entſpringenden Verbindlichkeiten nicht aufhebt.“

sit, tantum dari?“ et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor, sed ceteri familiae erciscundae judicio sarcient damnum.[1])

Venulejus l. 139 eod.: Quum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt, omnesque debent subsistere et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est; sed quum uno defugiente omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit.

Dieſen Grundſätzen hat der Code civil im Weſentlichen ſich angeſchloſſen. Derſelbe beſtimmt nämlich:

Art. 1232. „Lorsque l'obligation primitive, contractée avec une clause pénale, est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur; et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine.“

Art. 1233. „Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée.

Cette regle reçoit exception lorsque, la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'execution de l'obligation pour la totalité. En ce cas la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours.“

---

[1]) Vergl. Donell. com. de jure civ. Lib. XV Cap. VI:

... Si unus ex heredibus promissoris, qui illud promisit: per te non fieri, contra faciat, quam cautum est, id est, ne stipulatorem impediat, ne eat, agat, convenit inter omnes, stipulationem committi in solidum; idque natura rei osteudit, quia quisquis impedit, in solidum adversus stipulatorem peccatum est ... Et recte: non quod unius heredis facto alios placeat obligari, qui nihil fecerunt, quod esset iniquissimum, neque vero id jus patitur; sed quod stipulatio hereditaria haec fuerit, cujus conditione existente etiam ceteros teneri necesse est ... Nam promissor superiore stipulatione obligat se et omnes heredes suos sub conditione, si per ipsos stipulatori ire, agere non licebit. Jam uno ex heredibus ejus prohibente existit haec conditio. Commissa igitur stipulatio hereditaria in totum, ex conditione obligat etiam ceteros, qui nihil commiserunt. Qua in re obligantur ceteri ex facto et conventione defuncti, a quo et obligari ita potuerunt, ut etiam adversus eos actio inciperet ...

Auch nach Preußiſchem Rechte werden wir dieſe Sätze im Allgemeinen anzuerkennen haben.

Die Pönalſtipulation begründet allemal eine bedingte Verbindlichkeit.[1]) Es kommt daher dabei Alles darauf an, ob die Bedingung, unter welcher die Strafe verſprochen, als eingetreten und ſomit die Strafe als verwirkt zu erachten iſt. Dies iſt natürlich der Fall, wenn es ſich um eine untheilbare Verpflichtung, z. B. um ein Unterlaſſen, handelt und auch nur Einer der Erben des Schuldners das von dem Erblaſſer abgegebene Verſprechen verletzt. Aber auch bei einer theilbaren Leiſtung muß das ſchuldbare Verhalten des einen Erben die gleiche Wirkung hervorbringen, weil eben nur die Leiſtung des ganzen Schuldobjekts die Obligation zur Erfüllung bringt, alſo die Verwirkung der Conventionalſtrafe verhindert.[2]) Eine Ausnahme wird nur anzunehmen ſein, wenn die Vorausſetzung des § 296 Tit. 5 Th I. A. L. R.[3]) vorliegt. — Iſt nun aber die Strafe als verwirkt anzuſehen, ſo kommen in Betreff der Einziehung derſelben die rückſichtlich der Erbſchaftsſchulden überhaupt geltenden Grundſätze zur Anwendung.

---

[1]) Vergl. die „Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts" II. S. 135.

[2]) Paul. l. 85 § 6 D. de V. O.: „Item si ita stipulatio facta sit: si fundus Titianus datus non erit, centum dari?" nisi totus detur, poena committitur centum; nec prodest partes fundi tradere, cessanta una; quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

[3]) „War hingegen die Strafe auf die gänzliche Nichterfüllung geſetzt, ſo darf in Fällen, wo nur ein Theil des Vertrages unerfüllt geblieben, oder nur in der Art, der Zeit, oder dem Orte der Erfüllung gefehlt iſt, nicht die Strafe, ſondern nur das erweisliche Intereſſe geleiſtet werden."

Vergl. dazu die Gloſſen in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts" I. S. 140 f.

Zweiter Abschnitt.

Von der Erwerbung der Erbschaft.

Allgem. Landrecht Th. I. Tit. 9.

Vom Erbanfall.

§ 367. «Sobald der Erblasser verstorben, oder für todt erklärt ist, fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers, oder in deren Ermangelung, die Vorschriften der Gesetze dazu berufen.»

§ 368. «Dieser erlangt das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf.»

1. Der hier aufgestellte Grundsatz, der auch in der bekannten Parömie: „Der Todte erbt den Lebendigen" — „mortuus saisit vivum" — „mortuus aperit oculos viventis" — „le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à succéder" [1]) — seinen Ausdruck findet, ist deutsch-rechtlichen Ursprungs und von den Verfassern unseres Landrechts als eine bewußte Abweichung vom römischen Rechte aufgenommen. [2])

---

[1]) Vergl. Tiraquelli, tr. le mort saisit le vif (in ejus Opp. Francofurt. 1579 T. IV p. 52). Rigaut, de la saisine héréditaire (in der Revue von Foelix IX S. 35), Renaud, die französ. Rechtsregel: le mort etc. aus ihrer germanischen Grundlage und aus dem droit coutumier erläutert (in der Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes XIX S. 99 f., 279 f., 375 f., XX S. 55 f.). Simonnet, histoire et théorie de la saisine héréditaire 1832 (und dazu Anschütz in der eben angef. Zeitschrift XXIV S. 429 f.). Schilter, Exerc. ad P. XV §§ 12 f. Phillips in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. VII Nr. 1. Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht V S. 205—207. Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter (Zürich 1858) Nr. 196. Ferd. Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts (Leipzig 1862) S. 575 f., 584 f.

[2]) Vergl. die in den Jahrbüchern für die Preuß. Gesetzgebung Bd. 41 S. 12 mitgetheilten Bemerkungen Suarez's.

Bluntschli, deutsches Privatrecht (2. Auflage) § 188 S. 530—532: Dem Geiste des römischen Erbrechts, welches die Erbfolge zunächst von dem freien Willen des Erblassers abhängig machte, war es ganz gemäß, daß es bei dem Uebergange der Erbschaft ebenso auf den freien Willen des Erben ankam, welcher durch Wort oder That die Erbschaft antrat. Aber nicht minder stimmt es mit dem Charakter des deutschen Erbrechts überein, wenn dieses zunächst nicht nach dem Willen des antretenden Erben fragt, sondern die Erbschaft von Rechtswegen dem Erben anfallen läßt: denn da die ganze Erbfolge nach deutscher Vorstellung nicht von dem Individualwillen, sondern von der festen Ordnung des Familien- und Blutsverbandes bestimmt wird, so versteht es sich, daß, wie das eine Familienglied stirbt, seine Erben schon da sind.

Der deutsche Grundsatz wird durch die Rechtssprüchwörter: „Der Todte erbt den Lebendigen," „le mort saisit le vif," ausgedrückt. Seine Anwendung konnte um so weniger Bedenken machen, als die Erben den Gläubigern des Erblassers nur insoweit hafteten, als sie in den Activen der Verlassenschaft Deckung fanden. Ueberdem war der Erbe nicht genöthigt, die Erbschaft zu übernehmen. Er konnte sie auch ausschlagen und so auf sein natürliches Recht der Folge verzichten.

Einzelne Wirkungen des Grundsatzes sind:

a) Unmittelbar mit dem Tode des Erblassers wird der zunächst berechtigte Anverwandte desselben zum Erben, selbst wenn er von dem Tode noch nicht unterrichtet gewesen. Es bedarf weder eines Erbantritts, noch gibt es gewöhnlich eine hereditas jacens.

b) Ist der nächste Erbe nach dem Tode des Erblassers, aber bevor er dessen Tod erfahren, selbst gestorben, so geht jene Erbschaft mit seiner eigenen Verlassenschaft nun auf seine Erben über (Transmission).

c) Der Erbe kann zwar die Erbschaft ausschlagen, aber wenn er sie nicht ausgeschlagen, wird er als Erbe behandelt und muß den Erbschaftsgläubigern Rede stehen.

d) Auch die juristische Gewere ging auf den Erben über, in dem Sinne, daß der Erbe den Besitz der Sachen ergreifen oder, wenn ein Dritter sie jetzt inne hatte, sich in den Besitz der Sachen einweisen lassen durfte, welche der Erblasser zur Zeit des Todes in reellen Besitz gehabt hatte.

Nur die wirklichen Erben aber, d. h. die Familienerben, hatten dieses Recht, nicht Dritte, die in einem Testamente berufen waren.

Ebendas. § 203 S. 571 f.: Die gewöhnliche Meinung ist, daß durch das Eindringen der röm. Lehre über Erbantritt das ältere deutsche Recht eines Anfalls der Erbschaft an den Erben ohne Antrittserklärung in Deutschland verdrängt worden sei. Dies ist aber nur theilweise und nur in einzelnen deutschen Ländern geschehen. Die neueren Gesetzgebungen sprechen sich im Gegentheil — und ganz dem Geiste unseres Erbrechts gemäß — mit Bezug auf die regelmäßige gesetzliche Erbfolge für das deutsch-rechtliche Princip aus, und fordern höchstens — und auch das wieder in Uebereinstimmung

mit den natürlichen Verhältnissen — einen Antritt von Seiten des Erben, wo derselbe nicht schon als natürlicher Erbe, sondern durch letzten Willen des Erblassers im Testament oder Erbvertrag dazu berufen wird. — Die nächsten Erben sind indessen im Sinne des deutschen Rechts befugt, die Erbschaft auszuschlagen. Nur müssen sie dabei die herkömmlichen oder gesetzlichen Fristen beachten und sich der Erbschaft auch thatsächlich enthalten . . .[1])

C. A. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem röm. und german. Recht I (Rostock und Schwerin 1853) § 35: . . . Das Vermögen eines Menschen gehört, wenn man dessen sittliche Bestimmung und die sittliche Stellung des Besitzers zu seinen Kindern und sonstigen Blutsverwandten ins Auge faßt, nicht dem Besitzer allein, sondern ihm und seiner Familie, und die Erbfolge nach germanischem Princip ist daher wirklich, wie Hegel (Philosophie des Rechts § 178) dieselbe treffend definirt, „ihrem Wesen nach ein Eintreten in den eigenthümlichen Besitz des an sich gemeinsamen Vermögens." — Daraus, daß die Intestaterbfolge auf der sittlichen Nächstberechtigung der Blutsverwandten beruht, folgt zweierlei. Die sittliche Nächstberechtigung der Erben ist bei dem Tode des Erblassers bereits existent, und weil nach der germanischen Ansicht die Einzelrechte nicht aus dem Willen des Berechtigten, sondern aus seiner sittlichen Berechtigung entspringen, so fällt auch die Erbschaft den Erben ohne Weiteres zu, und es bedarf für sie zum Erwerbe derselben nicht noch erst eines besonderen Erbschaftsantrittes. „Der Todte erbt den Lebendigen." Die Erben können freilich nicht gezwungen werden, die Erbschaftssachen an sich zu nehmen, allein sie gehören ihnen ohne Weiteres, und die Delation und Acquisition der Erbschaft fällt nach germanischem Recht zusammen.

Der entschiedene Gegensatz, in den hierin das germanische Recht mit dem römischen tritt, ist gleichwohl nicht so bedeutend, als man nach der Verschiedenheit des Prinzipes annehmen sollte. Er wird wesentlich gemindert, wo nicht ganz ausgeglichen, durch zwei Momente, die gleichsam vermittelnd dazwischen treten: das erste ist, daß auch das römische Recht bei den sui ac necessarii heredes mit der Delation den Erbschaftserwerb ipso jure eintreten läßt und zwar unter Hindeutung auf eine, schon bei Lebzeiten bestehende Art von Vermögensgemeinschaft zwischen Vater und Hauskind:

Paulus l. 11 D. de lib. et post. (28, 2): In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias: sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum

[1]) v. Gerber, Syst. des Deutsch. Privatr. (7. Aufl.) § 252 S. 628: Particularrechtlich gilt noch heutzutage der Grundsatz: „Der Todte erbt den Lebendigen," so daß also die Erbschaftsdelation und Acquisition zusammenfällt.

administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt. Nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

Id. l. 7 pr. D. de bonis damn. (48, 20): Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt: aequissimum existimatnm est, eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum . . .

Ulp. l. 1 § 12 D. de succ. ed. (38, 9): Largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionibns tribnitur; in honorem sanguinis videlicet: quia arctandi non erant, qui paene ad propria bona veniunt.

§ 2 J. de her. qual. (2, 19): . . . Sed sui qnidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt. Sed his Praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate: ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

§ 3 J. de her. qnae ab int. (3, 1): Sui autem heredes etiam ignorantes fiunt . . . Et statim morte parentis quasi continuatur dominium . . .[1])

---

[1]) Vergl. auch Donell. com. de jure civ. Lib. VII C. 2 § 13—24. Vinnius com. in J. ad § 2 cit. Berger Dissert. jur. select. XVII. § 4 sq. XXXV § 2 sq.

Neuere Juriſten wollen dieſe Auffaſſung nicht gelten laſſen:

Francke, Recht der Notherben S. 17.

Mühlenbruch, Fortſetz. des Glück'ſchen Com. B. 36 S. 145.

So ſagt auch Köppen, die Erbſchaft (Berlin 1856) S. 4 Note 3: Die Ausdrucksweiſe der l. 11 D. 28, 2 und l. 7 pr. D. 48, 20 weiſt deutlich darauf hin, daß hier nur eine Zugehörigkeit des Vermögens im ſittlichen Sinne gedacht wird, ſo daß alſo die Erbfolge der sui den Römern einerſeits als eine nothwendige Folge des Familienverbandes, andererſeits aber doch zugleich auch als eine Folge des väterlichen Willens erſchien: natura simul et parentis commune votum (l. 7 § 1 D. si tab. test. null. 38, 6). Die Möglichkeit ihrer Enterbung iſt nur ein Ausfluß davon, daß ihre Erbfolge zugleich auch ein Werk ihres Erblaſſers iſt. Durch eine wirkliche Berechtigung der sui am Vermögen ſchon bei Lebzeiten ihres paterfamilias hätte nothwendig ihre Enterbung durch dieſen ausgeſchloſſen werden müſſen. Denn die Befugniß, den Kindern ihr Vermögen zu nehmen, hat das röm. Recht dem Vater niemals zuerkannt. Vergl. Stahl, Philoſophie des Rechts II. 1 § 91 (3. Aufl.).

Vergl. dagegen Brinz, Lehrb. der Pand. § 173.

Nicht minder wichtig und zugleich umfassender ist das zweite Moment, nämlich der Rechtssatz:

daß jede Erbfolge ihrer Wirksamkeit nach sich an den Augenblick des Todes des Erblassers anknüpft, so daß der Berufene stets der unmittelbare Nachfolger des Erblassers ist;

Florentin. l. 54 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.[1])

Paul. l. 138 pr. D. de R. J.: Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

Cels. l. 193 eod.: Omnia fere jura perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent.[2])

wobei die Rechtslehrer darüber streiten, ob dieses Prinzip auf einer rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantrittes beruht[3]) — ein Streit, der wohl mehr theoretisches als praktisches Interesse darbietet.

Huschke im Rhein. Museum VI S. 275 f.: ... Von Seiten des Erben kann sich zwar die Annahme der angebotenen Erbschaft verzögern — —; aber mag er auch antreten, wann er will, indem er antritt, setzt er immer unmittelbar von Zeit des Todes an die familia des Erblassers fort, und von Seiten des Erblassers ist auch nur zur Zeit des Todes eine Vererbung denkbar. (Hierin liegt auch der Grund, weshalb man nicht von einem gewissen Tage an zum Erben einsetzen kann. Der Testator würde damit die Natur der Vererbung als einer lebendigen Fortsetzung seiner Vermögensfreiheit, d. h. die Vererbung selbst aufheben. l. 34 D. de her. inst., § 9 J. eod.).

v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts (Erlangen 1853) S. 49 f.: Ebenso im Wesen der Erbfolge selbst begründet ist der andere Gedanke, oder wie man gewöhnlich sagt, die andere Fiktion, daß der Eintritt des Erben in das Verhältniß des Erblassers zu dessen Vermögen, die successio in omne jus mortui, auch wenn sie durch einen erst viel später erfolgenden Erbschaftsantritt bewirkt werde, doch seinen zeitlichen Anfangs-

---

[1]) Donell. com. de jure civ. Lib. VII c. X § 27: Nempe ideo, quia per hereditatem ea obtinet jam inde a morte defuncti, quae ipse si statim successisset, per se obtineret. Bene autem „intelligitur," nam re vera non prius succedit heres defuncto, nec prius fit locupletior, quam hereditatem adierit (l. 63 pr. ad L. Falc.). Verum intelligitur igitur ideo, quia effectu perinde habetur, quasi jam tum successit, ut declaratur illa altera juris regula de eadem re scripta: l. 193 de R. J.

[2]) Vergl. auch Gaj. l. 28 § 4 D. de stip. serv. (45, 3): ... quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse.

[3]) Vergl. hierüber insbesondere Köppen, die Erbschaft (Berlin 1856) S. 123 bis 167 und dazu Bering's Recension in den Heidelberger Jahrbüchern der Litteratur. 1857 Nr. 45 S. 689 f. Desgl. Arndts, Lehrb. der Pandekten § 521. Unger, das österreichische Erbrecht, S. 27 Anm. 4 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

punkt stets in ebendemselben Augenblicke habe, in welchem der Erblasser sterbe (oder als gestorben betrachtet werde). Ohne diese Zurückbeziehung der Wirkung des Erbschaftsantritts auf die Todeszeit des Erblassers könnte von einer wahren Erbfolge, von einer successio in omne jus mortui gar nicht die Rede sein. Der kleinste Zeitraum, welcher zwischen der Aufhebung des Rechts einer Person und der Erwerbung desselben von Seiten einer andern in der Mitte liegt, macht die Auffassung dieser Erwerbung als einer Succession in das Recht des früheren Inhabers, als einer Fortsetzung seines Verhältnisses zum Rechtsobjekt geradezu unmöglich. Wer daher jene Zurückbeziehung der Wirkung des Erbschaftsantritts aufheben wollte, der müßte sich den Uebergang des erbschaftlichen Vermögens auf den Erben so denken, daß das Verhältniß des Erblassers zu seinem Vermögen bis zum Antritte des Erben von der fingirten Persönlichkeit der hereditas jacens fortgesetzt würde, und dann der Erbe nicht successor des Verstorbenen, sondern der hereditas würde. Es wäre dann ein unjuristischer Ausdruck zu sagen: der Erbe beerbt den Verstorbenen; man müßte sagen: er beerbt die Erbschaft: succedit in omne jus hereditatis, statt in omne jus mortui . . .

v. Keller, Pandekten § 456: Zum Wesen der Beerbung (als Fortsetzung der ökonomischen Persönlichkeit des Erblassers) gehört Totalität. Daran schließt sich auch noch das Erforderniß der Continuität an. Der Erbe (einer oder mehrere) muß den Erblasser nicht bloß ganz darstellen, sondern auch ohne Zwischenzeit, d. h. vom Augenblick des Todes an. Nun ist es allerdings möglich, daß die Delation oder die Acquisition der Erbschaft sich mehr oder minder verzögert, und daß es also eine Zeitlang ungewiß bleibt, ob Jemand und wer Erbe werde; aber wenn nun Jemand wirklich Erbe wird, so wird es jenem Satze zufolge so angesehen, als wenn er schon im Augenblicke des Todes Erbe geworden wäre. [1])

---

[1]) Vergl. v. Savigny, System II S. 363 f.

So sagt auch Vering, Römisches Erbrecht (Heidelberg 1861) S. 84 f.: Gleichwie Gegenwart und Zukunft unmittelbar sich aneinander schließen und keine Zeit dieselben trennt, so ist auch kein Unterschied zwischen der familia defuncti und der hereditas, sondern der Erbe hat mit und in der hereditas sofort die familia des Erblassers, wie dieser sie gehabt hatte. Indem der Erbe beim Antritte der hereditas, wann immer dieselbe geschehen mag, stets ganz dieselbe familia, die lebendig gebliebene Persönlichkeit des Erblassers erhält, so ist es nun gerade so, als habe er die Erbschaft schon in dem Momente, wo der Erblasser starb, erworben. Es liegt so in der Natur der hereditas, und außerdem liegt es auch schon in dem Begriffe der Succession, wo das spätere Recht der Zeit nach unmittelbar auf das frühere Recht folgen soll, daß das Recht des Erben, wie spät er auch die Erbschaft antrete, juristisch doch immer auf den Tod des Erblassers zurückbezogen werden muß.

(Man muß sich nur immer vergegenwärtigen, daß die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantrittes nicht eine selbständige Fiktion bildet, sondern nur ein nothwendiger Ausfluß des vermöge einer juristischen Fiktion, nämlich durch eine fingirte Persönlichkeit der hereditas jacens durchgeführten Satzes ist, daß der Erbe die Rechtspersönlichkeit des Erblassers fortsetzen soll.)

Vergl. auch Danckwardt, Nationalökonomisch-civilistische Studien

Vergl. dagegen:

Köppen: Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses (in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern V (1861) S. 181—183): Eine vermeintliche Wirkung des Erbschaftsantrittes ist die s. g. rückwirkende Kraft desselben, vermöge welcher der Erbe, wie spät er auch antreten mag, so betrachtet werden soll, als sei er Erbe seit dem Todesmoment des Erblassers.

Vergl. Köppen, die Erbschaft S. 123 f. Wenn die röm. Juristen den Satz aufstellen: qui postea heres exstitit, videtur a mortis tempore defuncto successisse, so wollen sie damit nichts Anderes sagen, als daß der Nachlaß an den Erben stets mit allem Erwerbe gelangt, welche demselben seit dem Tode des Erblassers in der Zeit der hereditas jacens zugegangen sind, so daß also z. B. wegen eines damnum injuria datum oder eines opus vi aut clam factum in dieser Zeit dem Erben die actio leg. Aquiliae und das Interdict nicht um deshalb abgesprochen werden darf, weil er damals noch nicht der Dominus der beschädigten Erbschaftssache war. Da diese Klagen der Erbschaft acquirirt werden und deshalb mit dieser auf den Erben übergehen müssen, wie die noch vom defunctus selbst erworbenen Rechte, so muß sich nothwendig die Sache in dieser Beziehung gerade so gestalten, wie wenn der Erbe schon zur Todeszeit des Erblassers angetreten und in Folge dessen jene Rechte unmittelbar selbst erworben hätte. Hierauf beschränkt sich die Bedeutung jenes Satzes. Niemals haben die römischen Juristen ihm den Sinn beigelegt, der Erbe sei schon für die Zeit der hereditas jacens als das Subject der Erbschaftsrechte zu betrachten . . .

Die eben berührte Controverse, zu welcher die zeitliche Verschiedenheit des Erbanfalles und des Erbschaftserwerbes im römischen Recht Veranlassung gibt, steht mit einer anderen in Verbindung, über welche uns gleichfalls das deutsch-rechtliche Prinzip hinweghilft. Es betrifft dieselbe die, namentlich in der neuesten Zeit mit immer erneutem Eifer

---

(Leipzig 1862) S. 62: Die Unsterblichkeit einer Person als Vermögenssubject ist ein wesentliches Moment zur Beförderung des Credits. Die Römer dulden daher kein Intervallum zwischen dem Todesmoment und dem Moment des Antritts der Erbschaft, und heben das factisch vorhandene durch die Fiction auf, daß der Erbe angesehen wird, als habe er die Erbschaft unmittelbar im Todesmoment des Erblassers angetreten. Daraus folgt dann weiter, daß alle Ereignisse, welche nach dem Tode des Erblassers die hereditas jacens treffen, angesehen werden, als seien sie im letzten Lebensmoment des Erblassers geschehen. Dies ist die Fiction, welche die Römer vornehmen. Sie fingiren nicht die Fortdauer des defunctus bis zum Erbschaftsantritt, sondern datiren den Erbschaftsantritt und folgenweise alles Vorausgehende in den letzten Lebensmoment des Erblassers zurück. Die Fiction besteht also darin, daß angenommen wird, daß der defunctus alle Ereignisse, welche die hereditas jacens berühren, noch erlebt habe.

behandelte Theorie von der hereditas jacens, insbesondere die Frage, ob und in wie fern dieser eine juristische Persönlichkeit beizulegen ist.[1])

Vermöge unseres Prinzips haben wir es mit einer, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers darstellenden hereditas jacens[2]) nicht zu thun. Die Erbschaft hat schon als solche allemal ihren Herrn, den berufenen Erben, wenn es auch noch ungewiß sein sollte, wer es ist, oder ob er ihr Herr **bleiben** will. Die Person des Erblassers kommt nicht weiter in Betracht. Sie ist durch den Tod aus ihrem

---

[1]) In Betreff der reichen Literatur ist zu verweisen auf **Unger**, österreichisches Erbrecht S. 30 Anm. 1, der sich selbst über diesen Punkt (S. 28) dahin ausspricht: „So lange der Berufene die Erbfolge nicht antritt, hat die Erbschaft in der That keinen Herrn: die erbschaftlichen Rechte und Schulden bestehen zur Zeit ohne Subject. Im Interesse des künftigen Erben wird das Erbvermögen in dieser Zwischenzeit kraft Rechtens zusammengehalten und in den meisten Beziehungen wie vordem bei Lebzeiten des Erblassers behandelt, so daß also das zurückgelassene Vermögen in sich selbst seinen Schwerpunkt hat und rechtlicher Veränderungen fähig bleibt. Nach einer andern, der subjectiven Seite des Vermögens zugewendeten und mit den normalen Begriffen von Recht, Pflicht und Vermögen sich in Einklang setzenden Auffassung erscheint die noch nicht angetretene Erbschaft selbst als die Herrin des Erbvermögens an der Stelle und mit der Rechtsfähigkeit des Verstorbenen; vermöge dieser Vorstellungsweise (Fiction) ist die ruhende (liegende) Erbschaft eine juristische Person. — In der Bestimmung des liegenden Erbvermögens, für den künftigen Erben zusammengehalten zu werden und in der Tendenz desselben, aus diesem provisorischen Zustande der Herrenlosigkeit heraus unter die Herrschaft der Erben zu treten, liegt Grund und Maß für die rechtliche Behandlung der ruhenden Erbschaft. Die liegende Erbschaft ist jener ökonomischen und rechtlichen Entwickelungen fähig, welche überhaupt bei einem Vermögen aus sich heraus ohne vermittelnde Thätigkeit seines Subjects stattfinden können . . ."

[2]) **Gaj.** l. 31 § 1 D. de her. inst. (28, 5): . . . creditum est, hereditatem dominam esse, et defuncti locum obtinere.

Ulp. l. 13 § 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): . . . dominus ergo hereditas habebitur.

Hermog. l. 61 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1): Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur . . .

Ulp. l. 34 cod.: Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet: ut multis argumentis juris civilis comprobatum est.

Florent. l. 116 § 3 D. de leg. 1: . . . hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur.

§ 2 J. de her. inst. (2, 14): . . . Nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti . . . pr. J. de stip. serv. (3, 17): . . . Sed hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet.

Vermögenskreise ausgeschieden und hat dadurch einer anderen Persönlichkeit — der des berufenen Erben — Platz gemacht. Auf diesen sind nunmehr alle Rechtsverhältnisse zu beziehen, welche die hereditas angehen. Ist derselbe noch unbekannt, so tritt in *seinem* Interesse die Sicherstellung und gerichtliche Verwaltung des Nachlasses als eines *ihm angefallenen* Vermögens ein. Wir bedürfen daher durchaus keiner Fiktion, um für den Nachlaß ein Rechtssubject zu schaffen.

2. Der in den §§ 367 und 368 ausgesprochene Grundsatz ist auch, mehr oder weniger beschränkt, von neueren Gesetzgebungen angenommen.

Das Oesterreichische Gesetzbuch gehört dazu nicht.[1]) Es schließt sich in seinen, allerdings sehr unklar gefaßten Bestimmungen wesentlich dem römischen Rechte an,[2]) wie schon daraus hervorgeht, daß dasselbe den Begriff der ruhenden Erbschaft kennt, indem der § 547 vorschreibt:

> „. . . Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde."

Unger, das österreichische Erbrecht § 6, stellt dessen Vorschriften dahin zusammen:

> Auf Grund der Berufung wird die Erbfolge einer bestimmten Person angeboten (deferirt). Durch den Erbanfall (§§ 545. 546) erlangt der Berufene (Delat) somit nur erst die rechtliche Möglichkeit, in das Vermögen des Erblassers einzutreten. Dieses Recht Erbe zu werden pflegt man gleichfalls Erbrecht zu nennen (§ 536. 537).[3]) Zur wirklichen Nachfolge ist in allen Fällen eine Willenserklärung, des Berufenen erforderlich, daß er die angebotene Erbfolge annehme und die Herrschaft über das Erbvermögen antrete (§ 547.

---

[1]) Mit Unrecht wird dasselbe von Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts S. 576, den Gesetzgebungen beigezählt, welche dem german. Prinzipe folgen.

[2]) Ebenso das Baierische Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 4: „Die Erbschaft wird 1mo dem rechtmäßigen Erben regulariter in selbigem Augenblicke, da der Erblasser stirbt, anfällig, sofern kein Bedingniß oder anderes Hinderniß im Wege stehet . . . 2do Gehet durch den bloßen Anfall kein Mehreres zu, als die Befugniß oder das Recht, Haereditatem delatam mit Worten oder Werken antreten zu dürfen. So lange nun 3tio solche nicht wirklich angetreten ist, so lange wird sie für liegend geachtet . . ."

[3]) Im § 809 wird das Erbrecht in diesem Sinne passender umschrieben als das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen.

799).[1]) Wann immer aber der Berufene die Erbfolge antritt, er ist stets der unmittelbare Nachfolger des Erblassers.

Dieselben Grundsätze finden sich auch im bürgerlichen Gesetzbuche für das K. Sachsen. Dasselbe bestimmt:

§ 2001. „Das Erbrecht ist das Recht, in die Erbschaft als in ein Ganzes unmittelbar einzutreten. Der wirkliche Eintritt in die Rechte eines Verstorbenen kraft des Erbrechtes ist die Erbfolge."

§ 2009. „Die Erbschaft fällt dem Erben mit dem Tode des Erblassers an . . ."

§ 2010. „Derjenige, welchem die Erbschaft angefallen ist, kann dieselbe antreten oder ausschlagen . . ."

§ 2250. „Wer zum Erben berufen ist, erwirbt die ihm angefallene Erbschaft durch deren Antretung . . ."

§ 2259. „Die Wirkungen der Antretung und Ausschlagung sind auf die Zeit des Anfalles der Erbschaft zurückzubeziehen."[2])

Die betreffenden Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich beruhen dagegen auf einer germanischen Anschauung:

§ 1986. „Die gesetzlichen Erben werden durch den Tod des Erblassers sofort und ohne ihr Zuthun Erben desselben."[3])

---

[1]) Der Delat wird nach österr. Recht consequenter Weise in keinem Falle von selbst (ipso jure) Erbe. Das österr. Recht unterscheidet sich hierin sowohl vom röm. Recht, wonach der Erwerb der Erbschaft in manchen Fällen ipso jure stattfindet, als vom deutschen Recht und manchen modernen Gesetzgebungen, wonach diese Erwerbsart die Regel bildet (der Todte erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif).

[2]) So bestimmt auch das Baierische Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 6 „. . . 7mo Pflegt man die Zeit des Antrittes dergestalt zurückzuschieben, daß man dafür hält, als wäre solcher schon zur Zeit des Anfalles geschehen . . ." Desgl. der Großh. Hessische Entwurf Abth. 3 Art. 238: „Der Erbe, welcher die Erbschaft annimmt, wird angesehen, als sei er im Augenblicke des Todes des Erblassers Erbe geworden."

[3]) Bluntschli in seinen Erläuterungen B. IV S. 86, 87 bemerkt dazu: Da das gesetzliche Erbrecht nicht auf dem Willen weder des Erblassers noch der Erben beruht, sondern seinen Grund in den bestehenden Verwandtschaftsverhältnissen hat, so bedarf es auch nicht erst einer Antrittserklärung von Seite der Erben, sondern es tritt der Uebergang der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers von Rechtswegen ein. Die Erbschaft *fällt* den Erben ohne ihr Zuthun *zu*. Diese Auffassung des älteren deutschen Rechts hat sich bei uns bis auf die Gegenwart erhalten und wird auch von den meisten neueren Gesetzgebungen anerkannt. Anders ist es, wenn der Erbe sein Successionsrecht auf den letzten Willen (Testament oder Erbvertrag) des Erblassers gründet.

§ 2082. „Die Uebernahme der Erbschaft von Seite der Testamentserben wird jedoch nicht als sich von selbst verstehend angenommen. Vielmehr bedarf es dazu eines Erbantritts durch die Testamentserben. Dieser Erbantritt kann entweder ausdrücklich erklärt oder aus den Handlungen des Erben geschlossen werden." [1])

§ 2123. „Dem Vertragserben ist nach dem Tode des Erblassers ein dem Erbrecht des Testamentserben analoges Erbrecht eröffnet. Um wirklich Erbe zu werden, muß er die Erbschaft antreten."

Auch der, wesentlich auf germanischer Grundlage ruhende Code Napoléon hat aus dem droit coutumier den alten germanischen Rechtssatz beibehalten: le mort saisit le vif.[2])

Art. 724. „Les héretiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession: les enfans naturels, l'époux survivant et l'État, doivent se faire envoyer en possession par justice, dans les formes qui seront déterminées." [3])

---

[1]) Bluntschli a. a. O. S. 155: Da die testamentarische Erbfolge sich nicht von selbst versteht, sondern auf dem Willen des Erblassers beruht, so versteht sich auch der Uebergang der Erbschaft nicht von selbst, sondern es bedarf einer zustimmenden Willenserklärung des Erben, d. h. des Erbantritts. Werden die gesetzlichen Erben zugleich im Testamente eingesetzt, so ist denselben immerhin zu empfehlen, daß sie, im Falle sie die Erbschaft nicht übernehmen wollen, die Ausschlagung erklären.

[2]) Vergl. Renaud in der Zeitschr. für Rechtsw. des Auslandes XIX. Nr. 5. 14. 19. XX. Nr. 3.

Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. IV. § 609 (5. Auflage) und die daselbst angeführten Schriftsteller.

[3]) Zachariä v. Lingenthal a. a. O. bemerkt dazu: Folgerungen aus diesem Grundsatze sind: 1. Die Erbfähigkeit des Erben ist in Beziehung auf den Zeitpunkt zu beurtheilen, in welchem die Erbschaft eröffnet wird. 2. Auch dann ist der Erbe Eigenthümer der Erbschaft, so wie diese eröffnet wird, wenn er abwesend oder minderjährig oder entmündigt ist, oder wenn er sonst nicht gewußt hat, daß ihm die Erbschaft eröffnet sei (Chabot ad art. 724 N. 8). 3. Wenn der Erbe den Erblasser auch nur einen Augenblick überlebt hat, so verfällt (transmittirt) er die Erbschaft als einen Theil seines Vermögens (und mithin auch das Recht, die Erbschaft entweder anzunehmen oder darauf zu verzichten) auf seine Erben art. 781. 4. Das Recht, welches die Gesetze dem Erben einräumen, die Erbschaft entweder anzunehmen oder aufzugeben, ist als eine dem Erben ertheilte Rechtswohlthat zu betrachten. Der Erbe erwirbt die Erbschaft nicht, indem er sie annimmt; sondern die Annahme der Erbschaft ist nur die Erklärung, welche der Erbe thut, daß er das ihm an dem Nachlasse kraft Gesetzes zustehende Eigenthum in Ausübung setzen wolle. Ebenso entsagt der Erbe, welcher auf die Erbschaft verzichtet,

Der Entwurf eines bürgerlichen Geſetzbuches für das Großherzogthum Heſſen, Abth. 3 Art. 226 hat, gleich unſerem Landrechte, das Prinzip, welches die Erbſchaftserwerbung ipso jure mit dem Anfalle eintreten läßt, auf alle Erben ausgedehnt, ohne Unterſchied, ob dieſelben durch das Geſetz, durch letzten Willen oder Vertrag zur Erbfolge berufen ſind. [1])

3. Nach der Beſtimmung unſeres § 368 erlangt der berufene Erbe „das Eigenthum der Erbſchaft..[2]), ohne daß es weiter einer

---

nicht bloß einer Erwerbung, die er machen konnte, ſondern die Verzichtleiſtung auf die Erbſchaft iſt die Erklärung, welche der Erbe thut, daß er das Eigenthum, welches er kraft Geſetzes an der Erbſchaft hat, aufgeben und ſich ſo von der Verbindlichkeit, für die Schulden und Laſten der Erbſchaft zu haften, befreien wolle. 5. Bis daß der Erbe auf die Erbſchaft verzichtet hat, iſt dieſe als das Eigenthum des Erben zu betrachten. Merlin m. héredité § III. Pothier tr. de la possession N. 58 . . .

[1]) In den Motiven (Abth. 3 Th. 2 S. 139, 140) wird zur Rechtfertigung bemerkt: Man hofft, hierdurch Einheit im Rechte herzuſtellen und zugleich eine ſehr bedeutende und nützliche Vereinfachung des Rechtszuſtandes in Vergleich mit unſerem gegenwärtigen zu erzielen. Wenn der Erbe kraft des Geſetzes Erbe wird im Augenblicke des Erbſchaftsanfalles, ſo kann von einer hereditas jacens im Sinne des römiſchen Rechts weiter nicht die Rede ſeyn. Der Erbe transmittirt das ipso jure erworbene Recht auf ſeine eigenen Erben und es fällt alſo die ganze Transmiſſionslehre des römiſchen Erbrechtes mit all' ihren Verwickelungen und Controverſen aus. Die Erbfähigkeit iſt künftig nur nach dem Momente des Erbſchaftsanfalles zu beurtheilen, ebenſo die Nähe des Verwandtſchaftsgrades. Jede Erbſchaft wird von demjenigen, welchem ſie anfällt, erworben, ohne Rückſicht darauf, ob er Kenntniß von dem Anfalle erhalten hat oder nicht. Der Erbſchaftserwerb wird bei allen Erben nach gleichen Grundſätzen behandelt, denn der ipso jure eintretende Erwerb erſcheint als eine Fiction des Geſetzes, welche dem Grundſatze entſpricht, daß jeder Erbe den Erblaſſer a momento mortis repräſentiren muß. Aus dieſer Fiction entſpringen für den Erben keine nachtheiligen Folgen, da es in deſſen freien Willen geſtellt iſt, die Erbſchaft zu behalten oder derſelben zu entſagen. Die Entſagung hat die Wirkung, daß jene geſetzliche Annahme in Bezug auf den Entſagenden wieder völlig verſchwindet, und der letztere ſo angeſehen wird, als ſey er niemals Erbe geworden.

[2]) Vergl. Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. (edit. V Hal. 1785) § 716. Dominium universale hereditatis est id dominium quod, facta vi juris hereditarii universalis acquisitione hereditatis, penes heredem est. § 720. Dominium heredis universale est idem illud dominium ejus patrimonii, vel ejus partis quotae, quod vivens, nunc mortuus, habuit, et non nisi in eo differt a dominio defuncti, quod nunc sit penes personam a mortuo domino diversam. Sicque quoad jura quae defuncti patrimonium concernunt heres repraesentat defunctum.

Besitzergreifung bedarf." Hiermit ist an sich nur gesagt, daß die Erwerbung der Erbschaft zu den unmittelbaren Erwerbsarten des Eigenthums, die einer Besitznehmung nicht bedürfen, gehört.[1]) Es ist also damit nicht ausgesprochen, daß der Erbe schon mit dem Erbanfall ohne Weiteres in den Besitz der Erbgüter tritt.

Nach römischem Recht fand dies unzweifelhaft nicht statt.[2])

Javolen. l. 23 pr. D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Quum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.[3])

---

[1]) Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. X § 8: Primum constat, heredem succedere in dominium rerum hereditariarum omnium. At quomodo? Hoc ipso quod heres factus est, etiam si earum rerum possessionem nactus non sit: atque adeo etsi an res sint in hereditate ignoret. In quo jam genus rerum singularum per occasionem hereditatis acquirendarum animadvertendum est proprium juris civilis: cum aliqui jure gentium dominia incipiant a naturali possessione . . .

Vergl. Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 6: „. . . 4to Erlangt man durch die Adition ipso Jure das Eigenthum aller und jeder zur Erbschaft gehörigen Sachen . . ."

[2]) Vergl. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Comment. B. 43 S. 77—91.

Köppen, die Erbschaft S. 62 Note 5. Derselbe, System des heut. röm. Erbrechts S. 175 Note 11.

[3]) Gustav Lenz, das Recht des Besitzes (Berlin 1860) S. 280 f. bemerkt zu dieser Stelle: Der Jurist will damit nicht sagen: „alle Rechte gehen auf den Erben infolge seines Erbschaftsantrittes über — nur nicht der Besitz;" sondern nur das ist die Meinung: „Der Erbe tritt, in Folge jenes Acts, zwar in alle übrigen (nicht an die Person des Erblassers geknüpften) Vermögensrechte ein, aber nicht in das Recht des Besitzes." Denn alle übrigen Rechte, sowie sie überhaupt einen Gegenstand der Universal-Succession bilden, sind bloße Actionen, — gewähren mithin dem Erben nur die rechtliche Möglichkeit, sie durch seine (künftige) Thätigkeit zur Geltung zu bringen. Alles, was in diesem Sinn zu dem nachgelassenen Vermögen des Erblassers gehört — namentlich also auch das Eigenthum an „seinen" Sachen, quae ad eum pertinent — gehört auch dem Erben, in dem die Person des Erblassers den nächsten Träger ihrer civilistischen Unsterblichkeit findet. Der Besitz aber — das unmittelbare und lediglich auf der Eigenthumsthätigkeit des erwerbenden Subjects beruhende Recht auf die Sache, fällt nicht unter jene Kategorie; er, und er von allen Nachlaßobjecten ganz allein, ist keine bloße actio: denn die ihm bei Lebzeiten des Erblassers noch gleichstehenden familienrechtlichen Gewaltverhältnisse gehen mit dessen Tode unter, da der Tod eben das Band der Familie löst.

Vergl. Gail II obs. 129. Licet quis adeundo heres efficiatur, dominiumque omnium rerum hereditariarum acquirat, non tamen possidere

Paul. l. 30 § 5 eod.: Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus. Sed quod pro emtore possideo, per colonum usucapiet etiam heres meus.

Ulp. l. 1 § 15 D. si is, qui test. lib. (47, 4): Scaevola ait ... hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi; sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis.

In den Ländern des germanischen Rechts machte sich jedoch vielfach auf Grund des Rechtssatzes: „Der Todte erbt den Lebendigen" die Ansicht geltend, daß der Erbe ipso jure nicht nur das Recht, sondern auch den Besitz am Nachlasse erwerbe[1]) — eine Ansicht, die auch nicht ohne gesetzliche Anerkennung blieb.

Kurkölnische Rechtsordn. von 1663 Tit. 9 § : soll auf den — dem die Erbschaft von Rechtswegen zugehört, der Besitz oder die Gewehr der Güter, sie seyen liegend oder fahrend, sofern sie Abgestorbene zur Zeit seines Todes possedirt, ohne einige andere leibliche Ergreifung verfallen seyn.[2])

Codex Fabrianus Lib. VII tit. VII def. 5: Quod moribus primum et generali locorum fere omnium consuetudine receptum, apud

---

dicitur, nisi possessionem apprehendat ... Non sequitur: sum heres; adii hereditatem; ergo possideo hereditatem, vel res hereditarias, quia, ut dixi, facto opus est, seu apprehensione.

Ludolff, Variar. Observ. for. P. I obs. 39: Receptum est in foro (salvis tamen in quibusdam Provinciis moribus et statutis contrariis) axioma, quod rerum hereditariarum possessio in heredem absque apprehensione non transferatur.

[1]) Diesen Satz finden in der gedachten Paromie ausgesprochen: Albrecht, die Gewere § 6. Sandhaas, Germanist. Abhandlungen S. 125 f. 145 f. Beseler, System des deutsch. Privatr. II S. 152. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte II § 586 und System § 412.

Entgegengesetzter Ansicht sind:

Gründler, Polemik des german. Rechts III. § 677. Runde, Grundsätze des gem. deutsch. Privatr. 5. Aufl. § 687. Eichhorn, Einleitung 5. Aufl. § 337. Gerber, System des deutsch. Privatr. 7. Auflage. § 248 Note 11. Letzterer bemerkt: „Was erwirbt nun der Erbe mit dem Tode? Manche behaupten: den Besitz; nicht bestimmt sagen Andere: das Erbrecht. Er erwirbt das gesammte Recht, welches der Erblasser an dem vererbten Gegenstande hatte und nun auf den Erben in gleicher Weise überträgt; der Erbe erhält die Befugniß, sich des Guts zu unterwinden und zwar mit derselben causa, auf welcher das Recht des Erblassers beruhte."

[2]) Kraut, Grundriß § 196 Nr. 1. Aehnliche Bestimmungen finden sich in den lüttichschen, hamburgischen und lübischen Stadtrechten und in der Magdeb. Polizei-Ordn. Cap. 44 § 15.

nos vero expressa etiam lege confirmatum est, ut ipso jure transeat in heredem possessio rerum hereditariarum, quae ex juris ratione, cum sit facti, ne in suos quidem heredes transferretur, non ita accipiendum est, ut is, cui lex hereditatem sive ex testamento, sive ab intestato detulit, hoc ipso fiat possessor hereditatis. Quid enim si heres esse nolit? Utique nemo dixerit factos hodie necessarios heredes eos, qui antea erant voluntarii; sed is sensus est, ut quandocunque secuta aditio sicut ad diem mortis retrotrahitur, ut nullo temporis momento hereditas jacuisse existimetur, ita faciat, ut cum hereditatis dominio possessio quoque rerum hereditariarum in heredem translata intelligatur, et sine ulla interruptione continuata. Cui consequens est, ut interdicta omnia, tam quae ad retinendam, quam quae ad recuperandam possessionem pertinent, heredi competant post aditionem, ac si nec hereditas, nec possessio unquam jacuisset. Ita Senatus Sabaudiae Octbr. 1512.

Voet, com. ad P. XXIX. 2 Nr. 18: . . . Et quamvis multis in locis nunc obtineat, aditione non dominia solum sed et possessiones heredi acquiri ipso jure, ubi scilicet paroemia, „quod mortuus saisit aut saisinat vivum," recepta est, tamen Hollandis et Gelris plerisque, nec non Frisis hac in parte jus civile etiamnum placere, et possessionis apprehensione opus esse, tradit ex Grotio manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2 cap. 2 nr. 14 aliisque Ant. Matthaeus de succ. disput. ult. de divortio legum et usus nr. 70.

Berger, dissert. jur. select. Disput. XLV § 33: . . . Moribus Gentium Teutonicarum olim receptum fuit, ut adita hereditate, possessio rerum hereditariarum in heredem ab intestato transierit. Et quamvis, secundum hodiernam fori Germanici praxin, consuetudo illa postea in desuetudinem abierit, statuto tamen vel consuetudine idem jus de novo introduci posse, recte putat Gail II obs. 129 § 3 n. ult., quamquam idem illud non de ipso possessionis facto, sed tantum de possessionis effectibus accipiendum est: constat enim, ante apprehensionem neminem vere possidere posse; jam autem impossibile est, ut aliquis sine apprehensione apprehenderit. Illud autem impossibile aut contra naturam non est, ut qui actu non possidet, effectibus tamen atque commodis possessionis, lege ita disponente, frui possit: id quod etiam privatorum pactis effici potest.[1])

[1]) Vergl. auch Müller, addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. XXXIV th. 30 not. VIII: Fictione juris translativa de persona defuncti in personam heredis lege positiva, seu statuto provinciali transitio vel continuatio possessionis defuncti, praesertim in descendentes introduci potest, ad hoc, ut iidem effectus juris concedantur, quos habet revera apprehensa. Hartmann II. Obs. 4 Nr. 9 tit. 41 et Obs. 5 Nr. 2. Gail II. 129 Nr. 13 et 152 Nr. 18. Mynsinger Cent. 3 obs. 39 i. f. Cujusmodi consuetudines et statuta antiquissimo totius Regni Francorum usu et consuetudine obtinere, tradit Tiraquell. in tr. le mort saisit le vif . . .

Delbrück, die dingliche Klage des deutſchen Rechts (Leipzig 1857) § 59. Berufung auf den Beſitz des Erblaſſers: Es iſt nicht nöthig, daß der Kläger ſelbſt beſeſſen hat, es genügt, wenn er den Beſitz ſeines Erblaſſers oder des Erblaſſers ſeines Erblaſſers u. ſ. f. darthun kann . . . In dieſer Berufung auf den Beſitz des Erblaſſers liegt der wahre Sinn der berühmten und meiſt mißverſtandenen Rechtsregel: der Todte erbt den Lebendigen, inſoweit ſie in der That gemeinrechtlich geworden iſt. — Der germaniſche Grundſatz vom Uebergange der Gewere auf den Erben hat zunächſt eine Beziehung zum Erbrecht. Das röm. Recht verlangt einen Antritt der Erbſchaft, während die Gewere von ſelbſt übergeht. Dieſer Punkt intereſſirt hier nicht. Sodann aber hat jener Grundſatz eine ſpeziellere Beziehung auf den Uebergang des Eigenthumsſchutzes und von dieſem iſt hier die Rede. Schon die Römer haben etwas Verwandtes in ihrer accessio possessionis, eine Analogie, auf welche die Gloſſe zum Sachſenſpiegel III. 83 bereits aufmerkſam gemacht hat. Der Erbe ſuccedirt zwar nicht in den Beſitz, wohl aber in die conditio usucapiendi des Erblaſſers. Dieſer wichtige Satz, der ausdrücklich als eine Singularität bezeichnet wird, iſt auch auf die Publiciana von Einfluß. (Dies wird in den einzelnen Anwendungen gezeigt) . . .

Für das röm. Recht müſſen wir annehmen, daß der Rechtsſchutz, deſſen ſich die conditio usucapiendi durch die Publiciana erfreut, auf Erben und Erbnehmer, nicht aber auf Legatare und Donatare übergeht. Einen Schritt weiter geht das moderne Recht . . . Es läßt conſequenter Weiſe den Rechtsſchutz, den der einfache ehemalige Beſitz gewährt, auf den Erben übergehen und drückt dies durch das Rechtsſprichwort aus: der Todte erbt den Lebendigen. Der geſchichtliche Verlauf iſt folgender. Der germaniſche Grundſatz vom Uebergange der Gewere auf den Erben trat mit dem Satze des röm. Rechts in Berührung, daß der Beſitz nicht auf den Erben übergeht, ſondern von ihm beſonders erworben werden muß. In dieſer Beziehung liegt kein Conflict vor . . . Der germaniſche Uebergang der Gewere bezieht ſich nicht auf den Schutz des Beſitzes, ſondern auf den Schutz des Eigenthums . . .

Privatrechtliches Geſetzbuch für den Kanton Zürich § 493. „Der geſetzliche Erbe ſetzt den Beſitz des Erblaſſers unmittelbar nach dem Tode desſelben in der Weiſe fort, wie ihn der Erblaſſer gehabt hat.

Wenn der Teſtaments- oder der Vertragserbe in Folge ſeines Erbantrittes den Beſitz erwirbt, ſo wird angenommen, auch er ſetze den Beſitz des Erblaſſers fort.“ [1])

---

[1]) Bluntſchli in ſeinen Erläuterungen II S. 21 bemerkt dazu:

Der deutſchrechtliche Grundſatz, daß mit dem Tode des Erblaſſers die Vermögensrechte unmittelbar auf den Erben übergehen, wird hier auch auf den Uebergang des Beſitzes anerkannt, aber auf die geſetzliche Erbfolge beſchränkt. Es iſt das herkömmliches Recht: Der Erbe kann daher die Beſitzes- und die Beſitzrechtsklagen, welche der Erblaſſer hinterlaſſen hat, auch ſeinerſeits geltend machen, und ſich, ſelbſt wenn ein Dritter nach dem Tode des Erblaſſers eigenmächtig den Beſitz der Erbſchaftsſachen ergriffen hat, aus dem Grunde in deren Beſitz einweiſen laſſen, daß ſein Beſitzrecht verletzt worden. Bluntſchli, deutſches Privatr., § 188. Es iſt das allerdings eine

Auch das Französische Gesetzbuch läßt nach dem oben angeführten Art. 724[1]) die gesetzlichen Erben von Rechtswegen in den Besitz des Nachlasses treten.[2])

Erweiterung des natürlichen Begriffs vom Besitze, welche ihren allgemeinen Grund darin hat, daß der Rechtsschutz, der dem Besitz gewährt wird, diesen zu einem — wenn auch unvollkommenen — Rechtsbegriff erhoben und so zur Anerkennung eines ideellen Besitzes geführt hat, und ihren besonderen Grund in der engen erbrechtlichen Verbindung der Erben mit dem Erblasser, und in dem Bedürfniß, den Erben in dem ungeschmälerten Bestand der Verlassenschaft so gut als möglich zu schützen.

Für die Erbfolge aus Testament oder aus Erbvertrag versteht sich dieser Uebergang des Besitzes nicht von selbst, weil jene — ihrer Natur nach auf dem Willen beruhend — des Erbantritts bedarf, damit der eingesetzte Erbe oder der Vertragserbe wirklich zum Erben werde. Ist er aber Erbe geworden, dann wird er wie ein gesetzlicher Erbe behandelt, und auch für die Zwischenzeit (der hereditas jacens) angenommen, der Besitz des Erblassers sei inzwischen von dem Erben fortgesetzt worden. Das römische Recht hält sich in diesen Beziehungen strenger an die natürlichen Erfordernisse des Besitzerwerbs.

Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Großh. Hessen, Abth. 3, hat die gleichen Grundsätze im Art. 240 angenommen. Zur Rechtfertigung ist in den Motiven gesagt: Der Erbe erhält mit der Erbschaft nicht nur alle vererbbaren Vermögensrechte, sondern auch den Besitz der Sachen und Rechte, wie ihn der Erblasser im Augenblicke seines Todes gehabt hat, und die Besitzklagen, in so weit sie dem Verstorbenen in diesem Augenblicke zustanden. Die in diesen letzteren Bestimmungen liegende Abweichung von dem römischen Rechte ist eine Folge der Veränderung des obersten Princips der Erbschaftserwerbung. Wenn das Gesetz den Uebergang des Vermögens des Erblassers auf den Erben von Rechtswegen eintreten läßt, so ist es auch entsprechend, den Besitz ebenso auf den Erben übergehen zu lassen. Der Erbe setzt den Besitz des Erblassers fort, wie überhaupt dessen ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit; des Erblassers animus rem sibi habendi dauert Kraft der Rechtsfiction, auf welcher der unmittelbare Vermögensübergang beruht, in dem Erben fort und letzterer behält diesen animus, bis er ihn aufgibt; die detentio besteht so lange, als kein factum possessionis in contrarium actum eingetreten ist.

[1]) Vergl. auch art. 1006. „Lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur sans être tenu de demander la délivrance.

[2]) Zachariä v. Lingenthal a. a. O. § 609 Nr. 6. Der Erbe tritt nicht bloß in die Rechte, sondern in den Besitzstand des Erblassers kraft Gesetzes ein. Er kann daher alle Besitzklagen an- oder fortstellen, welche der Erblasser an- oder fortzustellen berechtigt war. Chabot ad art. 723 Nr. 10.

Ebendas. IV § 615: Der Erbe, der gesetzliche Stellvertreter

Dagegen beſtimmt das Baieriſche Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. I § 6:

„. . . Die Poſſeſſion der Verlaſſenſchaft wird durch den Antritt, ſofern er nur in bloßen Worten beſtehet, vor wirklicher Ergreifung derſelben nicht erlangt, und iſt auch nicht erlaubt, ſich eigenmächtiger Weiſe darin zu ſetzen, außer ſo weit ſolche leer, und noch von Niemanden anderen präoccupirt iſt . . ."

Desgleichen das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen:

§ 2288. „Der Beſitz an den erbſchaftlichen Sachen geht ohne Beſitzergreifung durch die Antretung der Erbſchaft auf den Erben nicht über." [1])

§ 2289. „Beſitzklagen, welche dem Erblaſſer bei ſeinem Tode zuſtanden, gehen auf den Erben über . . ."

Noch viel weiter geht das Oeſterreichiſche bürgerl. Geſetzbuch, indem daſſelbe verordnet:

§ 797. „Niemand darf eine Erbſchaft eigenmächtig in Beſitz nehmen. Das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und von denſelben die Einantwortung des Nachlaſſes, das iſt, die Uebergabe in den rechtlichen Beſitz, bewirket werden."

und demnächſt weitere Vorſchriften darüber ertheilt, „was dem Erben zu thun obliege, um zu dem Beſitze deſſen, was ihm gebühret, zu gelangen." [2])

4. In Betreff des Nachlaſſes eines für todt Erklärten beſtimmt das Allgem. Landrecht Th. II Tit. 18:

§ 834. „Nach erfolgter Todeserklärung . . . fällt das Vermögen demjenigen zu, welchem es nach der geſetzlichen Erbfolge gebührt."

§ 835. „Bei Beſtimmung dieſer Erbfolge kommt es auf den Tag an, an welchem das auf Todeserklärung ergangene Urtel rechtskräftig wird." [3])

---

des Erblaſſers, hat an dem Nachlaſſe alle die Eigenthumsrechte, welche dem Erblaſſer bei ſeinen Lebzeiten an ſeinem Vermögen zuſtanden. In derſelben Eigenſchaft iſt er ſogar ſchon kraft Geſetzes der rechtmäßige Beſitzer des Nachlaſſes (continuat possessionem defuncti).

Vergl. auch Thibaut, Lehrb. des franzöſ. Civilr. S. 87, 88.

[1]) Dieſe Vorſchrift iſt eine Conſequenz des im § 211 aufgeſtellten Satzes: „Der Verluſt des Beſitzes tritt ein mit dem Tode des Beſitzers . . ."

[2]) Siehe Unger, das öſterreich. Erbrecht § 39 und deſſen Abhandlung: „Die Verlaſſenſchaftsabhandlung in Oeſterreich. Ein Votum für deren Aufhebung" (Wien 1862).

[3]) So auch Hommel, Rhaps. I. obs. 107: Absentium successio fit ex nunc, non ex tunc, si cum forensibus barbare loqui fas est. Nam

Denſelben Rechtsſatz enthält auch das Oeſterreichiſche bürgerliche Geſetzbuch:

§ 278. „Der Tag, an welchem eine Todeserklärung ihre Rechtskraft erlangt hat, wird für den rechtlichen Sterbetag eines Abweſenden gehalten."

---

quemadmodum nemo in sensu juris prodigus, nisi quem praetor talem declaraverit, ita absens non putatur mortuus, nisi post hanc judicialem declarationem. Nos ita pronunciavimus. (Es wird hierauf ein Urtheil mitgetheilt.) — Leyser med. ad P. spec. 96 m. 9: ... Ego potius id tempus, quo absens vel septuagesimum aetatis annum attigit, vel a judice pro mortuo declaratus est, attendendum puto. Antea enim vixisse praesumebatur. Itaque hereditas ejus nulla esse poterat. — Gründler, Polemik des german. Rechts I § 182 (wo auch die ältere Literatur angeführt iſt): Die Zeit des Erbanfalls iſt die, wo die Todeserklärung erfolgte und rechtskräftig wurde. Eichhorn, Einleit. § 327. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Materien I. S. 342 f. v. Gerber, Syſtem des Deutſch. Privatr. 7. Aufl. § 34.

Erkenntniß des O. A.-G. zu Caſſel vom 27. Januar 1830: Der Tod des Verſchollenen iſt nicht von ſeinem zurückgelegten 70. Lebensjahre, ſondern vom Tage des die Todeserklärung enthaltenden Beſcheides an zu rechnen. (Matthiä, Controverſen-Lexicon Th. II Abth. 2 S. 273.)

Erkenntniß desſelben Gerichtshofes vom 1. December 1830: Vermöge des in Kurheſſen beſtehenden Gerichtsgebrauches wird der Tod eines Verſchollenen, mithin der Zeitpunkt des Erbſchaftanfalles, nicht von ſeinem 70. Lebensjahre, ſondern vom Tage des die Todeserklärung enthaltenden Beſcheides als eingetreten angenommen (ebendaſ. S. 273).

Erkenntniß des O. A.-G. zu Celle von 1846: Nach der richtigen Theorie muß der Zeitpunkt, an welchem die gerichtliche Todeserklärung eines Verſchollenen erfolgt iſt, bis zum Beweiſe des Gegentheils als der wirkliche Todestag des Verſchollenen angeſehen werden (Seuffert, Archiv V. Nr. 31).

Auch Koch (preuß. Civilproz. § 401) vertheidigt jenen Grundſatz, indem er ſagt: Nach Preuß. Rechte hat das Todeserklärungs-Urtheil nicht eine bloß declaratoriſche Natur, vielmehr gründet es ſelbſt erſt die rechtliche Vermuthung des Todes, und zwar nicht lediglich auf Grund der vorangegangenen Umſtände oder der Dauer der Abweſenheit, welche noch nicht genügen, den präſumtiven Tod anzunehmen, ſondern erſt nach Hinzutritt des förmlichen Verfahrens zum Zwecke der Erforſchung des Verſchollenen. Die Publikation des geſprochenen Urtheils iſt noch ein Theil dieſes Nachforſchungs-Verfahrens, welches erſt mit dem Tage ſchließt, bis zu welchem dasſelbe noch der Anmeldung offenſteht, und deshalb iſt es folgerichtig, daß erſt mit dieſem Tage, wenn der Abweſende ſich auch bis dahin noch nicht gemeldet hat, die Vermuthung für den Tod als vollſtändig eingetreten betrachtet, d. h. der Tag der Rechtskraft des Urtheils für den Todestag genommen wird. — So aufgefaßt iſt die dem Preuß. Rechte zum Grunde liegende Anſicht vollkommen vernünftig. Vergl. Tübinger krit. Zeitſchr. für Rechtsw. IV S. 427.

Mit Recht erklärt jedoch Unger, Syſtem des öſterreich. allgem. Privatrechts I S. 241 f. die Anſicht, welcher auch das öſterreichiſche Geſetzbuch huldigt, gerade für die minder richtige und empfehlenswerthe, indem er bemerkt:

> Wenn in einem Rechte beſtimmte Vorausſetzungen aufgeſtellt ſind, bei deren Eintritt der Tod eines Verſchollenen zu präſumiren iſt, ſo kann das vorgeſchriebene gerichtliche Verfahren keine andere Bedeutung haben als gerichtlich feſtzuſtellen, daß eben jene Vorausſetzungen eingetreten ſeien. Das richterliche Decret kann alſo in der That nur ausſprechen, daß ſich die Vorausſetzungen verwirklicht haben, an deren Eintritt das Geſetz die Präſumtion des Todes knüpft, d. h. es iſt weſentlich declaratoriſcher Natur.[1]) Auch in praktiſcher Beziehung ſtellt ſich die von den Verfaſſern des öſterreichiſchen Geſetzbuchs adoptirte Anſicht als unpaſſend dar, da durch jede Verzögerung der gerichtlichen Entſcheidung, insbeſondere durch den in dieſer Beziehung rein zufälligen Umſtand, ob der Curator den Recurs an das Obergericht ergreift oder nicht, die Intereſſen dritter Perſonen auf das Empfindlichſte verletzt werden können.

So verordnet das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen:

§ 43. „Die Todeserklärung erfolgt durch richterliches Erkenntniß. Als Todestag gilt der Tag, an welchem die den Antrag auf Todeserklärung begründende zwanzigjährige oder fünfjährige Friſt abgelaufen iſt.“[2])

und in ähnlicher Weiſe das privatrechtliche Geſetzbuch für den Kanton Zürich:

---

[1]) Dieſe Anſicht wird gründlich ausgeführt von Glück, Com. XXXIII S. 299 f. Heiſe und Cropp, Juriſt. Abhandl. II Abth. IV „Ueber die von einem Verſchollenen hinterlaſſene Erbſchaft.“ Julius Merkel in Weiske's Rechtslexicon XI S. 420—422. Steinberger ebendaſ. XII S. 709, 710 und in neueſter Zeit von Bruns in Bekker's und Muther's Jahrbuch I S. 174 f., 198 f. Vergl. auch Brackenhoeft in Weiske's Rechtslexicon V S. 787. Kraut, Vormundſchaft II S. 265, 266. Beſeler, Syſtem des gemeinen deutſch. Privatr. I S. 307, 308. Walter, Syſtem des gem. deutſch. Privatr. § 109. Bluntſchli, deutſches Privatr. 2. Auflage § 17. v. Keller, Pandekten § 21. Köppen, Syſtem des heut. röm. Erbr. S. 169, 170 Note 1. S. 429 ff. 438 ff. Windſcheid, Pandekten § 53 Note 1, jetzt auch v. Vangerow, Lehrb. der Pand. (neueſte Auflage 1863) I § 33 Anm. 1.

[2]) In den Motiven wird bemerkt, dieſes dem Befehle vom 16. Juni 1790 entnommene Princip ſei auch in den Anſichten, welche man in Sachſen über die Todeserklärung eines Verſchollenen zeither gehabt habe, begründet. Denn nach dieſen habe die Todespräſumtion ſtets als von ſelbſt eingetreten gegolten und die Edictalcitation nur die Bedeutung gehabt, den Verſchollenen für den natürlich immer möglichen Fall, daß er der Präſumtion ungeachtet doch noch leben ſollte, zur Kundgabe zu veranlaſſen.

16. „Wenn von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem nach §§ 14 und 15 die Vermuthung für das Leben erloschen ist, weitere fünfzehn Jahre verflossen sind, ohne daß man von dem Leben des Verschollenen seither eine sichere Kunde erhalten hat, so wird von da an die Vermuthung seines Todes begründet und die Todeserklärung über den Verschollenen ausgesprochen."

§ 17. „Die Todeserklärung bezeichnet genau den Tag, von welchem an der Verschollene als todt zu vermuthen ist." [1])

Der Code Napoléon (art. 112 ff.) kennt eine Verschollenheit und Todeserklärung gar nicht, sondern bloß eine Abwesenheit, auf deren Grund diejenigen, welche am Tage des Verschwindens des Abwesenden, oder der zuletzt von ihm eingegangenen Nachricht, seine vermuthlichen Erben sind, vermöge des ihn für abwesend erklärenden Erkenntnisses, sich in den vorläufigen Besitz des zurückgelassenen Vermögens einweisen lassen können (art. 120).[2])

---

§ 369. „Ist aber Jemandem eine Erbschaft unter einer zu Recht beständigen aufschiebenden Bedingung hinterlassen worden, so wird er nur von der Zeit der Erfüllung dieser Bedingung Eigenthümer der Erbschaft."

5. Der oben in den §§ 367, 368 aufgestellte deutsch-rechtliche Grundsatz kann nicht zur Geltung kommen, wenn Jemand unter einer

---

[1]) Bluntschli in seinen Erläuterungen I S. 30, 31 bemerkt zu diesen Vorschriften: Das Datum der von dem Gerichte ausgesprochenen Todeserklärung ist nicht das entscheidende. Vielmehr spricht sich diese nur aus über die vorher begründete Vermuthung des Todes und bekräftigt dieselbe, hat somit den Zeitpunkt zu beachten, wo diese eingetreten sein wird. Dieser Zeitpunkt ist immer fünfzehn Jahre später als der Eintritt der eigentlichen Verschollenheit, tritt also in der Regel dreißig Jahre nach der letzten Kunde von dem Leben des unbekannt Abwesenden, in den Ausnahmsfällen des § 14 früher, aber frühestens nach fünfzehn Jahren ein. — Die Todeserklärung soll den Tag, an welchem die Vermuthung für den Tod gesetzlich begründet worden (§ 16), genau fixiren. Es ist das wichtig, weil von diesem Tage an das Vermögen des Abwesenden zur Erbschaft wird und nach diesem Tage sich die Erbverhältnisse richten. Schon vorher können die nächsten Erben des Verschollenen den Genuß seines Vermögens ansprechen; aber erst jetzt fällt die Erbschaft selbst den in diesem Augenblicke nächsten Erben des für todt Erklärten anheim.

[2]) Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. I § 151 f. Dieses Institut der Abwesenheitserklärung ist auch in den Hessischen Entwurf übergegangen.

aufschiebenden Bedingung zum Erben eingesetzt ist. Denn ein solcher ist zur Erbschaft nur in Voraussetzung der Erfüllung der Bedingung berufen. Es stimmt daher in dieser Beziehung unser Landrecht mit dem römischen Recht, so wie mit den dessen Grundsätzen folgenden neueren Gesetzgebungen überein.

Ulp. l. 21 § 2 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Sed ita demum pro herede gerendo acquiret hereditatem, si jam sit ei delata. Ceterum ex quibus causis repudiantes nihil agere diximus: ex iisdem causis nec pro herede gerendo quicquam agere sciendum est.

Damit ist zu verbinden Ulp. l. 13 pr. eod.: . . . ceterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit: qualisqualis fuit conditio, etsi in arbitrium collata est.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 703. „Zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe,[1]) und bei dem Eintritte derselben erbfähig sei."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2009. „. . . Ist das Erbrecht von einer Bedingung abhängig, so fällt die Erbschaft dem Erben erst mit dem Eintritte der Bedingung an und er muß, um Erbe zu werden, diesen erlebt haben."

Sobald aber die Bedingung eingetreten, also der ernannte Erbe nunmehr wirklich zur Erbschaft berufen ist, zeigt sich auch jener Grundsatz sofort wirksam. Der eingesetzte Erbe überkommt die Erbschaft, auch wenn ihm die Erfüllung der Bedingung unbekannt geblieben ist. Anders nach römischem Recht.

Julian. l. 21 D. de condit. et demonstr. (35, 1): Multum interest, conditio facti, an juris esset. Nam hujusmodi conditiones: „si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus erit," quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret eas impletas esse . . .[2])

---

§ 370. «Stirbt der Erbe, noch ehe er die Erbschaft in Besitz genommen hat, so gehet dennoch sein Recht daran auf seinen Erben über.»

6. Diese Vorschrift, von welcher der § 397 d. T. eine Anwendung

[1]) Mit Recht bemerkt Unger, das österr. Erbrecht § 16 Anm. 18 a. E.: Ueber das rechte Maß hinausgeht § 703, wenn er bestimmt, daß der Bedachte die Erfüllung „überleben" müsse: es genügt, daß er sie „erlebt" habe.

[2]) Vergl. Ulp. l. 32 § 1 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Sed et si scit, se here-

enthält, ist eine bloße Consequenz des oben besprochenen deutsch-rechtlichen Prinzipes.[1]) Das römische Recht konnte hier nur mittelst eines besonderen Institutes — der Transmission der Erbschaft — Aushülfe gewähren.[2])

L. un. § 5 C. de cad. toll. (6, 50): . . . Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur: exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur: his nihilominus quae super his qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris.

Mevii Decis. IX 34: Ex alterius persona hereditatem vel partem ejus petens tenetur ostendere in eo, cujus nomine petit, cum jus successionis, tum modum hujus ad se translationis, quae evenit per illam jam aditam, vel, si adita non fuit, legitime transmissam. Postquam facta est aditio, desinit qua adeuntem esse hereditas, et fit istius patrimonium: ideo isti succedens tanquam hereditatem istius et cum illa capit, heres tamen prioris simul censetur. Inde quidquid juris primus heres adeptus est, ad secundum transit, qui iisdem actionibus, sicuti aliis ejus juribus, utitur . . .

---

dem institutum, sed utrum pure, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hereditatem, licet pure heres institutus sit, et sub conditione, licet paruerit conditioni.

Bering, Röm. Erbrecht S. 487 Note 4.

[1]) So bestimmt auch das Zürcherische privatr. Gesetzbuch § 1968. „Stirbt ein Erbe nach dem Tode des Erblassers, aber vor der wirklichen Uebernahme der Erbschaft, so geht sein Recht zu erben auf seine Erben über."

(Bluntschli, Erläuterungen IV S. 76, 77 bemerkt dazu: Wenn z. B. ein neugeborenes Kind die Mutter überlebt, aber kurz nachher stirbt, so ist dasselbe doch Erbe der Mutter geworden und wird nun hinwieder beerbt. Es kann so das Vermögen der Mutter durch Vermittelung des Kindes zum väterlichen Gute werden.)

Ebenso verordnet der Code civil art. 781. „Lorsque celui à qui une succession est échue, est décédé sans l'avoir repudiée ou sans l'avoir acceptée expressément ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la repudier de son chef."

[2]) Von einer bereits angetretenen Erbschaft handelt Gaj. l. 3 D. de her. pet. (5, 3): . . . Sed et si Titio, qui Sejo heres extitit, nos heredes facti sumus, sicuti Titii hereditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seji . . .

Vergl. bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2290. „Stirbt der Erbe nach Antretung der Erbschaft, so tritt dessen Erbe zu der Erbschaft in das nämliche Verhältniß, wie wenn er Erbe des Erblassers seines Erblassers geworden wäre."

Das Oeſterreichiſche bürgerliche Geſetzbuch hat, abweichend vom römiſchen Recht, die gleiche Beſtimmung, wie unſer Landrecht, aufgenommen:

§ 537. „Hat der Erbe den Erblaſſer überlebt, ſo geht das Erbrecht auch vor Uebernahme der Erbſchaft, wie andere frei vererbliche Rechte, auf ſeine Erben über, wenn es anders durch Entſagung, oder auf eine andere Art noch nicht erloſchen war."

§ 809. „Stirbt der Erbe eher, als er die angefallene Erbſchaft angetreten oder ausgeſchlagen hat, ſo treten ſeine Erben, wenn der Erblaſſer dieſe nicht ausgeſchloſſen, oder nicht andere Nacherben beſtimmt hat, in das Recht, die Erbſchaft anzunehmen, oder auszuſchlagen." [1])

Desgleichen das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen:

§ 2010. „Derjenige, welchem die Erbſchaft angefallen iſt, kann dieſelbe antreten oder ausſchlagen. Dieſes Recht geht, ſoweit nicht etwas Anderes beſtimmt iſt, auf die Erben des Erben über." [2])

Im Uebrigen iſt auf die Gloſſen zu § 397 d. T. zu verweiſen.

---

§ 371. «Hängt die Frage: wem eine Erbſchaft angefallen ſei, davon ab: ob eine bei dem Tode des Erblaſſers vorhandene Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde, ſo muß dieſer Erfolg abgewartet werden.»

7. Dieſe Vorſchrift — ein Ausfluß des im § 12 Tit. 1 Th. I A. L. R. [3]) aufgeſtellten allgemeinen Grundſatzes — gilt (als ein wahres jus gentium) wohl nach allen Civilrechten.

Celsus l. 187 D. de R. J.: Si quis praegnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse.

---

[1]) Unger, das öſterr. Erbrecht § 36 Anm. 17.

[2]) In den Motiven (S. 886) iſt zu dem entſprechenden § 2044 des Entwurfes bemerkt:

> Durch den § 2044, welcher dem Erbfolgemandate §§ 8, 10 entſpricht, wird die Lehre des röm. Rechts über die ſ. g. Transmiſſion der Erbſchaft überflüſſig gemacht.

Auch der Großh. Heſſiſche Entwurf, Abth. 3 Art. 235, beſtimmt:

> „Stirbt derjenige, welchem eine Erbſchaft angefallen iſt, ehe er ſich über Annahme oder Entſagung erklärt hat, ſo können noch ſeine Erben die Erbſchaft annehmen oder ihr entſagen."

[3]) „Bürgerliche Rechte, welche einem noch ungeborenen Kinde zukommen würden, wenn es zur Zeit der Empfängniß ſchon wirklich geboren wäre, bleiben demſelben auf den Fall, daß es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten."

Digitized by Google

Paul. l. 3 D. si pars her. pet. (5, 4): Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent, sicut apparet in jure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id, quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit . . .

Ulp. l. 30 § 1 D. de acq. v. om. her. (29, 2): . . . mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus, et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro jam nato habetur . . .

Id. l. 7 pr. D. de ventr. in poss. mit. (37, 9): Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset, ut in omnibus partibus Edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est.

Paul. l. 3 D. de b. p. sec. tab. (37, 11): Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse.

Modestin. l. 5 § 1 D. unde leg. (38, 8): Quamdiu spes est, suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est, puta si defuncti uxor praegnans sit . . .

Ulp. l. 38 § 9 D. de suis et leg. her. (38, 16): Utique et ex lege XII tab. ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus. Inde solet remorari insequentes sibi agnatos, quibus praefertur, si fuerit editus . . .

Id. l. 1 § 8 D. unde cogn. (38, 8): Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea conditione est, ut dici debeat, obstare eum sequentibus . . .

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 22. „Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängniß an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, werden sie als Geboren angesehen . . ." [1])

§ 732. „Wenn der Erblasser eheliche Kinder des ersten Grades hat, so fällt ihnen die ganze Erbschaft zu . . . sie mögen bei Lebzeiten des Erblassers ober nach seinem Tode geboren sein . . ."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2008. „Von einer Leibesfrucht, welche bei dem Tode des Erblassers empfangen war und lebend zur

---

[1]) Vergl. Unger, Syst. des österr. Privatr. I S. 233 f.: Die Rechtsfähigkeit beginnt erst mit der Geburt. So lange Jemand nicht geboren ist, ist er eben kein einzelnes willensfähiges Wesen. Dennoch betrachtet das Recht in gewissen Fällen den noch nicht Geborenen, aber bereits Empfangenen, als wäre er schon geboren, Nasciturus pro nato habetur. Diese Fiction bezieht sich aber nur vorsorgend auf das bevorstehende wirkliche Leben des Kindes . . . Vermöge dieser Fiction hat der Ungeborene schon Persönlichkeit d. h. Rechtsfähigkeit, aber keine natürliche, sondern nur eine fingirte. Insofern kann man allerdings sagen, mit der Geburt fange zwar der Mensch, nicht aber erst die Person an.

(Rudorff in der Anm. zu Note 6 in Puchta's Pandekt. § 114.)

Welt kommt, wird angenommen, daß ſie bei dem Tode des Erblaſſers gelebt hat." [1])

Privatrechtl. Geſetzbuch für den Kanton Zürich § 1914. „Nachgeborene Kinder erben, inſofern anzunehmen iſt, daß ſie zur Zeit des Todes des Erblaſſers bereits erzeugt waren."

§ 1967. „Ausnahmsweiſe wird ein Kind, welches zur Zeit des Todes des Erblaſſers zwar empfangen, aber noch nicht geboren iſt, durch die lebendige Geburt Erbe, und iſt mit Rückſicht auf dieſes Erbrecht ſchon vorläufig in demſelben zu ſchützen." [2])

8. Es fragt ſich:

> ob die in den §§ 371 ff. gegebenen Vorſchriften auch in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn der Teſtator die von einer Frau noch zu gebärenden Kinder, gleichviel, ob ſie bei ſeinen Lebzeiten oder nach ſeinem Tode erzeugt werden ſollten, zu Erben eingeſetzt hat, und die bisher kinderloſe Frau bei dem Tode des Erblaſſers noch nicht ſchwanger iſt.

Dieſe Frage iſt unbedenklich zu verneinen. Denn jene §§ ſetzen „eine bei dem Tode des Erblaſſers vorhandene Leibesfrucht" voraus, mit deren lebendiger Geburt der Erbanfall in jenem Zeitpunkte als wirklich eingetreten gilt. Sie beruhen, wie erwähnt, auf dem allgemeinen Rechtsſatze:

> daß „bürgerliche Rechte, welche einem noch ungeborenen Kinde zukommen würden, wenn es zur Zeit der Empfängniß ſchon wirklich geboren wäre, demſelben auf den Fall, daß es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten bleiben."

Dieſe Vorſchrift erſtreckt ſich jedoch nicht auf die erſt künftig zu erzeugenden Kinder, weil dieſe bloß als möglich gedachte Weſen, keine Rechtsſubjecte ſind. — Es iſt daher in dem gedachten Falle die Erbeseinſetzung nur als eine unter einer aufſchiebenden Bedingung erfolgte anzuſehen und deshalb bei dem Mangel einer anderweitigen Beſtimmung des Erblaſſers der Beſitz und Genuß der Erbſchaft dem Inteſtaterben nach § 478 Tit. 12 Th. I A. L. R. bis zum Eintritte der Bedingung zu überlaſſen.

---

[1]) Wörtlich übereinſtimmend mit dem Entwurfe eines bürgerl. Geſetzbuches für das Großh. Heſſen Abth. III Art. 5.

[2]) Der Code civil enthält denſelben Rechtsſatz in negativer Faſſung:

Art. 725. „Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

Ainsi, sont incapables de succéder

1. Celui qui n'est pas encore conçu . . .

§ 372. «Würde die Leibesfrucht, wenn sie zur Welt käme, alle Andern ausschließen, so muß derjenige, welcher vermöge der Gesetze, oder richterlicher Anordnung, Curator derselben ist, zugleich zum Verlassenschafts-Curator bestimmt werden.»

§ 373. «Dieser muß, unter Aufsicht des Gerichts, den Nachlaß für die Leibesfrucht verwalten; er darf aber wegen der Substanz desselben, ohne Zuziehung und Einwilligung derjenigen, welche in Ermangelung der Leibesfrucht die nächsten zur Erbschaft sein würden, nichts verfügen.»

§ 374. «Ueberhaupt muß er die einem Curator unbekannter oder abwesender Erben unten (§ 471 ff.) zu ertheilenden Vorschriften beobachten.»

9. Vergleiche:

Ulp. l. 1 § 17 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9): Quoties autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse; si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, quum periculum ad curatorem pertineat. Ideirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet oportet creditores curare, vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret. § 18. Hoc autem jure utimur, ut idem curator et bonis et ventri detur. Sed si creditores instant, vel qui sperat, se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debebit, et plures si desiderentur, dandi sunt. § 22. Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum. [1])

Lübisches Recht Th. II Tit. II Art. 30: „Nach deß Mannes Tode, wann seine verlassene Wittfrau schwanger ist, soll sie so lange in deß Mannes Gute bleiben, und aus dem gemeinen Gute nicht gewiesen werden, biß sie der Geburt genesen." [2])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 274. „In Rücksicht auf Ungeborene wird ein Sachwalter entweder für die Nachkommenschaft überhaupt, oder für eine bereits vorhandene Leibesfrucht aufgestellet. Im ersten Falle hat der Sachwalter dafür zu sorgen, daß die Nachkommenschaft bei einem ihr be-

---

[1]) Vergl. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon II S. 296—300.
Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts I. (Leipzig 1860) S. 405 ff.

[2]) Mevii com. in Jus Lubec. ad h. a.

stimmten Nachlasse nicht verkürzet werde, im zweyten Falle aber, daß die Rechte des noch ungeborenen Kindes erhalten werden." [1])

10. Es fragt sich:

wie es zu halten ist, wenn Diejenigen, welche durch die als vorhanden vermuthete Leibesfrucht, falls diese zur Welt käme, von der Erbschaft ausgeschlossen werden, die Schwangerschaft der Wittwe bestreiten und bei der in Gemäßheit des § 28 und 30 Tit. 2 Th. II des A. L. R.[2]) durch eine Hebamme angestellten Untersuchung sich keine Zeichen einer Schwangerschaft ergeben.

Es handelt sich hier nur um vorläufige Maßregeln, welche die Gesetze zur Sicherstellung des eventuellen Erbrechts eines noch Ungeborenen angeordnet haben.

Sobald das Vorhandensein einer Leibesfrucht von der Wittwe, nach der von dieser auf Erfordern der betheiligten Verwandten abgegebenen Erklärung,[3]) auch nur vermuthet wird, ohne daß der Ungrund einer solchen Behauptung klar erhellt, liegt ein genügender Grund zu solchen Maßregeln vor. Der Umstand, daß die Schwangerschaft von den dabei Betheiligten bestritten wird, hebt jenen Grund noch nicht auf, so lange nicht das Gegentheil feststeht.[4])

Es wird daher auch in dem vorausgesetzten Falle die eingeleitete Curatel ihren Fortgang behalten und die Verpflegung der Wittwe aus dem Nachlasse zu bestreiten sein.[5])

---

[1]) Unger, das österr. Erbrecht § 50 Anm. 15.

Vergl. auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen §§ 1995—1997. § 2345.

[2]) § 28. „Bleibt nach Ablauf von fünf Monaten, seit des Mannes Tode, die Wittwe bei der Angabe einer Schwangerschaft: so muß sie auf Verlangen der Erben Untersuchung durch eine Hebamme gestatten."

§ 30. „Findet die Hebamme keine Zeichen einer vorhandenen Schwangerschaft, und die Wittwe beharret dennoch bei ihrer Behauptung: so muß die Beobachtung durch die (ihr zuzuordnende) Gesellschafterin bis zum Verlaufe des gesetzmäßigen Termins fortgesetzt, auch die Untersuchung durch die Hebamme von Zeit zu Zeit wiederholt werden."

[3]) § 26 a. a. O. „Nach dem Tode eines Ehemannes können die Erben von der Wittwe Erklärung fordern: ob sie sich für schwanger halte."

[4]) § 964 Tit. 18 a. a. O. „Diese Curatel (über eine noch ungeborene Leibesfrucht) endigt sich mit Ablauf des Zeitraums, binnen welchem nach den Gesetzen entschieden sein muß: ob ein rechtmäßiges Kind des Verstorbenen vorhanden sei."

[5]) § 962 a. a. O. „Der Curator einer noch ungeborenen Leibesfrucht hat darauf zu sehen, daß die Wittwe aus dem Nachlasse gehörig verpflegt werde."

Diese Grundsätze erkennt auch das römische Recht an.

Ulp. l. 1 § 1 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9): Praegnantem esse mulierem oportet omnimodo, nec dicere se praegnantem sufficit; quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnans fuit et mortis tempore, et eo, quo mitti in possessionem petit. § 14. Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur, vel nurus, vel esse, vel fuisse, vel ex eo praegnans non esse contendatur, decretum interponit Praetor ad exemplum Carboniani Edicti. Et ita Divus Hadrianus Claudio Proculo Praetori rescripsit: ut summatim de re cognosceret, et, si manifesta calumnia videbitur ejus, quae ventris nomine in possessionem mitti desiderat, nihil novi decerneret; si dubitari de re poterit, operam daret, ne praejudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. Apparet itaque, si manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere, et ubi omnino juste dubitari poterit, an ex eo praegnans sit, decreto tuenda est, ne praejudicium partui fiat . . . § 27. Tamdiu autem venter in possessione esse debet, quamdiu aut pariat, aut abortum faciat, aut certum sit, eam non esse praegnantem.

Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn dem noch ungeborenen Kinde die Legitimität streitig gemacht wird.[1])

11. Eine andere Frage ist:

> ob, wenn Jemand das von der schwangeren Frau eines Andern zu gebärende Kind als Erben einsetzt, die Mutter des bei dem Tode des Testators noch ungeborenen Kindes auch in diesem Falle einen unbedingten Anspruch auf Verpflegung aus dem Nachlasse hat.

Ulpian in l. 6 D. de ventr. in poss. mitt. (37, 9) entscheidet sich dahin:

> Extraneo postumo herede instituto non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit, ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur.

Unser Landrecht enthält eine solche Bestimmung nicht, spricht vielmehr ganz allgemein von dem Falle, wo ein nasciturus — sei dieser ein Descendent des Erblassers oder eines Dritten — zur Erbschaft berufen ist. Es wird sich daher nach demselben eine solche Beschränkung des Alimentationsrechts auf die dürftige Mutter nicht rechtfertigen lassen.

---

[1]) Ulp. l. 5 § 3 D. de carb. edict. (37, 10).

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen hat dagegen jene Bestimmung des römischen Rechts ausdrücklich aufgenommen:

§ 2345. „Der Mutter eines zur Erbfolge berechtigten Kindes, welches bei dem Tode des Erblassers empfangen, aber noch nicht geboren ist, steht während ihrer Schwangerschaft das Recht zu, aus den Nutzungen der Erbschaft den Unterhalt zu fordern. Doch kann sie dieses Recht, falls sie nicht zugleich Wittwe des Erblassers ist, nur geltend machen, wenn ihr anderweite Unterhaltsmittel mangeln." [1])

---

§ 375. »Kommt keine lebendige Leibesfrucht zur Welt, so wird die Sache so genommen, als wenn der Anfall sofort an diejenigen gediehen wäre, welche zur Zeit des Todes, durch Gesetze oder Willenserklärungen, nächst der Leibesfrucht dazu berufen waren.«

12. Ulp. l. 1 § 8 D. unde cogn. (38, 8): . . . Sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur . . .

Pompon. l. 10 § 1 D. ad S. C. Tert. (38, 17): Quando in pendenti est, an quaedam personae possint obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matris jus integrum erit, quod medio tempore appenderit, veluti si filio intestato mortuo postumus ei filius potuerit nasci, nec natus sit, aut mortuus editus . . .

§ 1 J. de exher. lib. (2, 13): . . . si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam . . .

13. Was gilt, wenn der durch die Leibesfrucht vorläufig von der Erbschaft Ausgeschlossene stirbt und demnächst eine Fehlgeburt erfolgt?

Man nehme den Fall: der Verstorbene hinterläßt eine schwangere Frau, eine Mutter und eine Schwester. Während der Schwangerschaft

---

[1]) Dasselbe bestimmt der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Großherz. Hessen (1845), Abth. 3 Art. 6, in dessen Motiven (Abth. 3 Th. 2 S. 7) gesagt wird: Dieses Recht der Alimentation muß für die Wittwe des Erblassers ein unbedingtes sein, es darf nicht auf die Fälle beschränkt werden, wo es der Mutter an anderweitigen Unterhaltsmitteln mangelt; denn auch der Erblasser selbst wäre zur Ernährung der Leibesfrucht unbedingt verpflichtet gewesen.

der Wittwe ſtirbt die Mutter, welche den X zum Erben ernannt hat. Später wird die Wittwe mit einem todten Kinde entbunden.

Wem fällt die Erbſchaft zu, wenn wir von einem etwaigen Erbrechte der Wittwe ganz abſehen?

Einen ſolchen Fall entſcheidet

Julian. l. 8 § 1 D. de suis et legit. (38, 16): Si quis praegnantem uxorem reliquisset, et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, quia certum est, matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat.[1])

Nach unſerem Rechte werden wir dem X die Erbſchaft zuzuſprechen haben. Allerdings war ſeiner Erblaſſerin bei dem Tode ihres Sohnes noch nicht die rechtliche Möglichkeit gegeben, deſſen Erbſchaft anzutreten.[2]) Allein der Erfolg hat es gezeigt, daß dem Erbanfalle, und ſomit ihrem Erbrechte, in Wirklichkeit kein Hinderniß entgegenſtand. Es iſt daher nach der deutlichen Beſtimmung des § 375, vermöge der dadurch geſchaffenen (dem römiſchen Rechte fremden) *geſetzlichen Fiktion* der Erbanfall ſchon mit dem Tode des Sohnes als eingetreten anzuſehen.

---

§ 376. «Dieſen Erben müſſen daher auch alle in der Zwiſchenzeit gefallene Nutzungen des Nachlaſſes mit der Subſtanz zugleich verabfolgt werden.»

§ 377. «Doch müſſen dieſelben nicht nur die Adminiſtrations-Koſten, ſondern auch alles, was zum Beſten der Leibesfrucht, und zur Verpflegung der Mutter,

---

[1]) Vergl. Ulp. l. 1 § 6 D. unde cogn. (38, 8): Proximum accipere nos oportet eo tempore, quo bonorum possessio defertur. § 7. Si quis igitur proximus cognatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit: sequens, quasi proximus, admittetur; hoc est quicunque fuerit tum deprehensus, proximum locum obtinens. § 8. Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea conditione est, ut dici debeat, obstare eum sequentibus. Sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur . . .

[2]) Ulp. l. 30 § 1 D. de acq. v. om. her. (29, 2): . . . Proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est, aut putatur esse, adire hereditatem non potest . . .

aus dem Nachlaſſe und deſſen Nutzungen verwendet worden, ſich anrechnen laſſen.«

14. Ulp. l. 1 § 19 D. de ventr. in poss. mitt. (37, 9): Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus foetus sustineri et ad partum usque produci non posset, sumere ex bonis debet; et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dignitate ejus atque mulieris. § 20. Deminutio autem ad hos sumtus fieri debet, primum ex pecunia numerata; si ea non fuerit, ex his rebus, quae patrimonia onerare magis impendio, quam augere fructibus consueverunt.

Paul. l. 4 pr. eod.: Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri. § 1. Servis quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium ejus, secundum dignitatem cibaria praestanda sunt.

Gaj. l. 5 pr. eod.: Curator ventris alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur, quae ita praestantur, ipsi praestari, qui in utero est.[1])

Ulp. l. 9 eod.: Quum venter mittitur in possessionem, quod in ventris alimenta deminutum est, detrahitur velut aes alienum.

15. Es fragt ſich:

Iſt die Wittwe zur Erſtattung der aus dem Nachlaſſe für ſie verwendeten Verpflegungskoſten verpflichtet, wenn bis zum Ablaufe des Zeitraumes, binnen welchem nach den Geſetzen entſchieden ſein muß, ob ein rechtmäßiges Kind des Erblaſſers vorhanden ſei, ihre Niederkunft nicht eintritt?

Der bloße Umſtand, daß die Behauptung der Wittwe in Betreff ihrer Schwangerſchaft ſich nicht bewährt hat, kann dieſelbe nach der deutlichen Beſtimmung des § 377, in Verbindung mit § 381, zum Erſatze des Aufgewendeten nicht verpflichten. Es muß daher ein be-

[1]) Vergl. Motive zum Entwurfe eines bürgerl. Geſetzbuchs für das Großherz. Heſſen Abth. 3 Th. 2 S. 7:

Die Mutter ſoll das Recht haben, bis zu ihrer Niederkunft den Unterhalt aus den Früchten desjenigen zu fordern, was ihrem Kinde, wenn es zur Welt kommt, aus dem Nachlaſſe zufallen wird. Der nasciturus muß ernährt werden, und dieſes kann nur durch die Mutter geſchehen. Dieſes Recht muß für die Wittwe des Erblaſſers ein unbedingtes ſein, es darf nicht auf die Fälle beſchränkt werden, wo es der Mutter an anderweitigen Unterhaltsmitteln mangelt, denn auch der Erblaſſer ſelbſt wäre zur Ernährung der Leibesfrucht unbedingt verpflichtet geweſen.

ſonderer Verpflichtungsgrund hinzutreten, und dieſer iſt nur in einer offenbaren Unredlichkeit der Wittwe zu finden.

Hermog. l. 3 D. de ventr. in poss. mitt. (37, 9): Sumtus autem ab ea facti bona fide non repetuntur.

Ulp. l. un. § 7 D. si mul. ventr. nom. (25, 6): Interesse autem videtur primum de alimentis, quae in ventrem sunt erogata. Nec enim alias repetuntur, nisi per calumniam in possessionem venit. Ceterum si res calumnia caret, nihil praestabit mulier, quae sine causa alta est sub praetextu ventris.

Id. l. un. § 2 eod.: Per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnantem non esse, voluit in possessionem venire.

Id. l. 1 § 28 D. de ventr. in poss. mitt. (37, 9): Et si sciens prudensque se praegnantem non esse, consumserit, de suo eam id consumsisse Labeo ait.[1])

Baieriſches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 12: „. . . wenn ſich nach der Hand bezeigt, daß die Schwangerſchaft nur boshafter Weiſe fälſchlich von ihr (der Wittwe) angegeben worden, ſo thut ſie nicht nur allen dadurch verurſachten Schaden ab, ſondern wird annebens geſtraft . . .“

---

§ 378. «Würde die Leibesfrucht, wenn ſie lebendig zur Welt käme, nicht alle Andern ausſchließen, ſondern nur mit Andern zugleich an der Erbſchaft Theil nehmen, ſo können die übrigen Erben verlangen, daß ihnen die Verwaltung des Nachlaſſes aufgetragen werde.»

§ 379. «Sie müſſen aber dabei den Curator der Leibesfrucht zuziehen, und ſind in ihrer Verwaltung an eben die Einſchränkungen gebunden, welche dem Verlaſſenſchafts-Curator nach §§ 373, 374 vorgeſchrieben ſind.» [2])

16. In dem hier vorausgeſetzten Falle ſteht ſonach der Erbſchaftsantretung Seitens der übrigen Erben nichts entgegen.

---

[1]) Nach röm. Recht traf zugleich die Wittwe im Falle ſimulirter Schwangerſchaft die Infamie.

L. 15—17 D. de his qui not. (3, 2).

[2]) Vergl. Baieriſches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. 3 Kap. 1 § 12: „. . . Dafern auch nebſt dem im Mutterleibe liegenden noch ein oder mehrere andere Miterben vorhanden ſind, ſollen dieſe zwar ebenfalls coimmittirt, jedoch keinem andergeſtalt, als proviſorie auf den Nothfall etwas

Paul. l. 5 pr. D. si pars her. pet. (5, 4): Illud sciendum est, si mulier praegnans non sit, existimetur autem praegnans esse, interim filium heredem esse ex asse, quanquam ignoret, se ex asse heredem esse. § 1. Idem est in extraneo, si ex certa portione heres institutus sit, ex reliqua postumi. Quodsi forte ita institutio facta est: „quotcunque mihi nati erunt, et Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto," habebit haesitationem, numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit. Sed utilius est, posse eum adire, qui nescit portionem, si cetera, quae oportet eum scire, non ignoret.

Ja, es wird dieſer Erbſchaftsantritt als die Bedingung der Uebernahme der Nachlaßverwaltung anzuſehen ſein, da erſt durch dieſen der Berufene zu dem Nachlaſſe in ein ſolches Verhältniß tritt, das ihm ein Recht auf dieſe Verwaltung verleiht.

---

§ 380. «Die Theilung der Erbſchaft muß ſo lange ausgeſetzt bleiben, bis entſchieden iſt: ob die Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde.»

17. Das römiſche Recht läßt eine interimiſtiſche Erbtheilung zu, unter Vorſorge für den Fall, daß Drillinge geboren werden — ein Verfahren, das auch in der Praxis des gemeinen Rechts Geltung hat.[1])

Paul. l. 3 D. si pars her. pet. (5, 4): . . . Ubi autem eodem gradu sunt ceteri, quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt . . . Quid ergo est? Prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est, quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio assignaverint . . . Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.

Ulp. l. 4 eod.: Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere; si plures quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.

Paul. l. 28 § 5 D. de judic. (5, 1): Si paterfamilias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnante, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci, quum per rerum naturam certum fuerit, unum nasci. Sed Sabinus Cassius, partem quartam

---

davon ausgefolgt, ſohin mit der Erbſchafts-Vertheilung oder Verhandlung bis zur Niederkunft an ſich gehalten werden."

[1]) Vergl. Glück Comment. II. § 115.

peti debuisse, quia incertum esset, an tres nascerentur, nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, quum futura utique fierent, sed nostram inscientiam adspici debere.

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen hat diese Bestimmung beibehalten.[1])

§ 2293. „Ein Miterbe hat die Erbschaftsklage nach Verhältniß seines Erbtheiles. Ist die Größe des Erbtheiles ungewiß, weil eine ungeborene Leibesfrucht zur Erbfolge gelangen kann, so ist einstweilen der Erbtheil anzunehmen, welcher dem Kläger zukommen würde, falls eine Drillingsgeburt erfolgte."

§ 2344. „Die Theilung der Erbschaft kann auch vorgenommen werden, wenn eine ungeborene Leibesfrucht bei derselben als Erbe betheiligt ist; es ist in diesem Falle soviel von der Erbschaft aufzuheben, als nöthig wäre, wenn Drillinge geboren würden, und dieser Betrag endgültig zuzuweisen oder zu vertheilen, wenn die Geburt erfolgt oder Gewißheit vorhanden ist, daß sie nicht erfolgen kann."[2])

Auch in diesem Falle kommt natürlich die Vorschrift des § 375 d. T. (analog) und zwar in der Art zur Anwendung, daß bei dem Wegfallen des nasciturus das Anwachsungsrecht unter den Miterben eintritt.

Paul. l. 31 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Heredi cum postumo instituto reliquae partes accrescunt, quae postumo delatae sunt, si certum sit, non esse praegnantem, licet heres ignoret.

18. Ein Testator setzt die bei seinem Tode vorhandenen, so wie die etwa später noch zu gebärenden Kinder seiner Schwester zu Erben ein. Es fragt sich:

ob, wenn Letztere mit ihren Kindern den Testator überlebt, die Erbschaftstheilung unter den vorhandenen Kindern so lange ausgesetzt bleiben muß, bis entschieden ist, daß nicht noch mehr Kinder geboren werden.

Dies ist zu verneinen. Die Vorschrift des § 380 findet hier keine Anwendung, da sie eine schon bei dem Tode des Erblassers vorhandene Leibesfrucht voraussetzt.[3]) — Es liegt vielmehr der Fall einer zum Theil unbedingten, zum Theil bedingten Erbeseinsetzung vor. Die bei dem Tode des Erblassers vorhandenen (oder schon erzeugten) Kinder

[1]) Desgl. das Bayersche Landrecht I. 3 § 2.

[2]) Das Oesterreichische Gesetzbuch kennt solche Vorschriften nicht, folgt vielmehr (gleich dem Hessischen Entw. Art. 206 f.) hierin dem älteren deutschen Recht. Unger, österr. Erbrecht § 44 Anm. 18.

[3]) Vergl. oben Nr. 8.

ſind unbedingt, die ſpäter zu erzeugenden unter der ſtillſchweigenden Bedingung zur Erbſchaft berufen, daß ſie zur Exiſtenz kommen. Es ſind daher die Beſtimmungen der §§ 478 ff. Tit. 12 Th. I A. L. R. hier anwendbar, nur mit dem Unterſchiede, daß nicht die Inteſtaterben, die ja völlig ausgeſchloſſen ſind, ſondern die unbedingt eingeſetzten Teſtamentserben in den Beſitz und Genuß der Erbſchaft eintreten und alle Rechte überkommen, welche dem Fiduciar im Verhältniſſe zum fideicommiſſariſchen Erben zuſtehen.

Von der Ueberlegungsfriſt.

§ 383. «Jeder, dem eine Erbſchaft anheimgefallen iſt, hat die Wahl: ob er dieſelbe mit vorſtehenden Rechten und Pflichten übernehmen, oder ihr entſagen wolle.»

19. § 5 J. de her. qual. (2, 19): Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda . . .

§ 7 eod.: . . . Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit: ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur . . .

L. 16 C. de jure delib. (6, 30): Nec emere, nec donatum adsequi, nec damnosam quisquam hereditatem adire compellitur.

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. VIII § 1. Acquirendae hereditatis haec ratio est. Nunquam hereditas extraneis heredibus vel jure civili, vel jure praetorio delata, nisi voluntate et destinatione animi acquiritur . . .

§ 2. . . . ita jus est, ut omnis hereditas testamento vel ab intestato delata heredi extraneo solo animo et voluntate acquiratur, ut quisque hanc de suscipienda hereditate declaraverit.

Schilter, Exerc. ad P. nr. 39 § 142: . . . Atque hoc juris naturae et naturalis libertatis esse apparet, ne cui invito hereditas, quae non sine oneribus et incommodis esse solet, deferatur. Liberum itaque debet esse heredi, acceptare vel omittere hereditatem: quae omissio vel abstentio aut repudiatio acquisitionem tollit et alii defert. Neque jure naturae differentia videtur esse inter liberos et extraneos heredes, quum liberi ita quidem et naturali jure agnoscant patriam potestatem, ut tamen retineant libertatem naturalem, ut possint etiam parentum hereditatem omittere.[1])

---

[1]) So ſagt auch Berger, Dissert. jur. select. Disput. 33 § 1: Juris naturae naturalisque libertatis esse apparet, ne cui invito hereditas, quae non sine oneribus et incommodis esse solet, deferatur; neque enim aequitas patitur, ut invitus quis aeri alieno obligetur et propter hoc periculum multis mo-

Voet, com. ad P. XXVIII. 8 Nr. 1: . . . Est autem jus deliberandi facultas heredi a jure concessa, ut consultare atque perquirere possit, utrum ei expediat, hereditatem acquirere nec ne.

Ulp. frag. tit. 22 § 27.[1])

Kaiserl. Land-Ger.-Ord. des Stifts Würzburg und Herzogthums zu Franken[2]) Tit. LV § 1. „Und dieweil denjenigen, so ex Testamento, vel ab Intestato Erbschaften angenommen, Versehung der Rechten nach große Beschwerden und Nachtheil offtermalen daraus entstehen mögen, dann der also schlechtlich eine Erbschafft annimmt und adiret, würde dadurch verbunden, alle des verstorbenen Testirers Schulden, dazu auch die Legata, außzurichten und zu bezahlen, ungeachtet in der Erbschafft so viel nicht gefunden und ererbet würde."

§ 2. „Derowegen sich unsere Unterthanen zuvor und ehe sie sich in eine Erbschafft einlassen, und des Verstorbenen Güther unterziehen, wohl besinnen, und ob ihnen die Erbschafft nutz oder nicht, bedenken sollen, dann zu eines andern, bevorab aber fremden Erbschafft, niemand gezwungen oder getrungen werden mag."

Jus Culmense ex ultima revisione (Danzig, 1767) Buch III Tit. 8 Cap. 18: „Der zum Erben eingesetzt wird, soll sich nach Eröffnung des Testaments in dreier Monaten Frist erklären, ob er die Erbschaft annehmen oder sich deren äußern wolle . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 805. „Wer seine Rechte selbst verwalten kann, dem steht frey, die Erbschaft . . . anzutreten oder auch auszuschlagen. Vormünder und Curatoren haben die am gehörigen Orte ertheilten Vorschriften zu befolgen (§ 233)."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2257. „Hat ein Erbe noch nicht angetreten, so kann er die Erbschaft ausschlagen."

§ 2268. „Der Erbe hat das Recht, sich, vor der Erklärung über die Antretung der Erbschaft, Auskunft über den Bestand derselben zu verschaffen.[3])

---

lestiis et insidiis fiat obnoxius. Hinc libero heredis arbitrio relinquitur, acquirere hereditatem, an omittere velit.

[1]) Vergl. Köppen, System des heutigen röm. Erbrechts S. 331 f.: Als eine bloße facultas acquirendi giebt das Erbrecht dem Delaten die alternative Befugniß, nach seiner Wahl die Erbschaft zu erwerben oder auszuschlagen. Die Ausübung des Erbrechts kann daher auf zwiefache Weise geschehen: durch den Antritt der Erbschaft, oder durch ihre Repudiation. Wie es die Erbschaft ist, welche der Delat agnoscirt, so ist es auch die Erbschaft, welche er repudiirt, nicht das Erbrecht: denn man kann nur das repudiiren, was man zu erwerben vermag, nicht, was man schon erworben hat . . .

[2]) Mitgetheilt im Anhange zu Ludolff Variar. Observ. for. Pars tertia.

[3]) Eine gleiche Bestimmung enthält auch der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Großh. Hessen, Abth. 3 Art. 255, wozu in den Motiven (Abth. III Th. 2 S. 154, 155) bemerkt ist: Das Gesetz will nicht, daß Jemand dadurch,

Code civil art. 775. „Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue.“ [1])

20. Nach dem von unſerem Landrecht aufgenommenen deutſch-rechtlichen Grundſatze über den mit dem Erbanfall kraft des Geſetzes eintretenden Erbſchaftserwerb kann von einer Erklärung über die Annahme der angefallenen Erbſchaft (Antretung) im Sinne des gemeinen Rechts nicht die Rede ſein. Eine ſolche Erklärung hat bei uns nur die Bedeutung, daß ſie zur Gewißheit bringt, ob der berufene Erbe die ihm „anheim gefallene“ Erbſchaft behalten oder ſich ihrer wiederum entſchlagen will.[2]) Es kommt daher immer nur darauf an, feſtzuſtellen, ob der Erbe von dieſem letzteren Rechte (beneficium abstinendi) Gebrauch machen wolle, oder nicht.

Mit Recht enthält daher auch das Zürcheriſche privatr. Geſetzbuch nur die Beſtimmung:

§ 1988. „Jeder Erbe iſt berechtigt, die Erbſchaft auszuſchlagen, inſofern er dieſelbe noch nicht wirklich übernommen hat, und die für die Ausſchlagung angeſetzten Friſten inne hält.“ [3])

---

§ 384. «Zur Erklärung hierüber wird denſelben eine Friſt von Sechs Wochen, nach erlangter Wiſſenſchaft, verſtattet.»

---

daß er Erbe wird, an ſeinem eigenen Vermögen Schaden leide, wenn er nicht eine desfallſige Gefahr freiwillig übernimmt; es geſtattet deswegen dem zur Erbfolge Berufenen, den Beſtand des Nachlaſſes zu unterſuchen, ehe er die Erbſchaft annimmt oder derſelben entſagt ... Das Geſetz garantirt aber dem Erben unter allen Umſtänden das Recht, den Beſtand der Erbſchaft vor deren Annahme zu prüfen. Dieſes Recht kann ihm ſelbſt von dem Erblaſſer nicht entzogen werden, auch wenn der letztere das Verbot in die Form einer Bedingung eingekleidet haben ſollte. Es muß in dem freien Willen des Erben ſtehen, ſich der Rechtswohlthat zu bedienen, weil ſonſt in ſehr vielen Fällen eine Erbfolge gar nicht ſtattfinden würde.

[1]) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. IV § 610 (5. Aufl.): Das Geſetz ertheilt dem Erben das Recht, die Erbſchaft, die ihm und nachdem ſie ihm eröffnet worden iſt, anzunehmen oder aufzugeben (n'est héritier qui ne veut).

[2]) Vergl. Unger, die Verlaſſenſchafts-Abhandlung in Oeſterreich (Wien 1862) S. 22 f.

[3]) Vergl. auch Anſchütz in der 5. Auflage des Zachariä'ſchen Handbuches des Franz. Civilr. IV § 610 Anmerk.: Bezeichnend iſt das Weſen des franzöſiſchen Erbſchaftsverzichts in derjenigen Faſſung ausgedrückt, welche u. a. die

§ 385. «Ist der Aufenthalt des Erben über vierzig Meilen von dem letzten Wohnorte des Erblassers entfernt, so kommt Ersterem eine dreimonatliche Frist zu gute.»

21. Vergleiche:

Voet, com. ad P. XXVIII. 8 Nr. 2: . . . In Hollandia jus deliberandi ad annum competere, monet Grotius manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 1 cap. 21 nr. 8; apud alios arbitrarium tempus a judice concedi vel longius vel brevius pro circumstantiarum varietate, audito prius herede, testatur Ant. Faber Cod. lib. 6 tit. 11 def. 46. sicut et ex justis causis a judice coarctari possit tempus illud, quod alias vulgo ex juris civilis praescripto largiendum erat.[1])

Kaiserl. Land-Ger.-Ord. des Stifts Würzburg und Herzogthums zu Franken Tit. LIV („In was Zeit der eingesetzte Erb die Erbschafft anzunehmen, oder sich derselbigen zu entschlagen schuldig ist"): „Damit die letzte Willen nicht so lang unvollzogen bleiben, auch diejenige, denen etwas im Testament geordnet, oder sonsten zustehet, wider die Gebühr nicht aufgezogen werden: So ordnen und wollen wir, daß derjenige, so zum Erben instituiret und im Testament gesetzet ist, innerhalb dem Dreißigsten Tag, oder im Fall derselbig abwesend, innerhalb Vier Wochen, von Zeit an ihme die Erb-Einsetzung wissend worden, cum Beneficio Inventarii, das ist, mit Aufrichtung eines beständigen Inventarii, derselbigen, und der Testaments-Execution sich annehmen und unterziehen solle."

Verordn. für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt Bremen vom 24. Mai 1843 § 284. „In den nächsten dreißig Tagen nach erlangter Kenntniß von dem Erbschaftsanfall ist der zur Erbschaft Berufene zu einer Erklärung über deren Annahme oder Ausschlagung, und also namentlich auch zu einer Einlassung auf die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger und Legatare und zur Fortsetzung anhängiger Processe nicht verbunden."

§ 289. „Die gemeinrechtliche Rechtswohlthat der Deliberation ist, soweit sie nicht in obigen Vorschriften enthalten ist, abgeschafft."

Coutume de Paris art. 316 aufgenommen hat: Il ne se porte héritier qui ne veut. Denn Erbe ist der gesetzliche Erbe bereits, wenn er verzichtet; der Verzicht bezieht sich nur darauf, daß er aufhören will, Erbe zu sein. Vergl. Anschütz, Krit. Zeitschr. für Rechtswiss. des Auslandes XXIV S. 436.

S. auch Unger a. a. O. S. 33 f.

[1]) In Betreff der Grundsätze des römischen Rechts über das jus deliberandi ist zu verweisen auf:

Marezoll im Archiv für die civil. Praxis B. 8 S. 268—279.

v. Vangerow, Revision der neueren Theorie über die gesetzliche Deliberationsfrist. (Ebendas. B. 22 S. 151—212. Vergl. dazu die Rezension von Puchta und Arndts in Richter's Krit. Jahrbüchern 1840 S. 7 f.)

Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Comment. B. 41 S. 277 bis 355.

Karl Witte in Weiske's Rechtslexicon I S. 887—892.

Code civ. art. 795. „L'héritier a trois mois pour faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture de la succession. — Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sur sa renonciation, un délai de quarante jours, qui commencent à courir du jour de l'expiration de trois mois donnés pour l'inventaire, ou du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant les trois mois.“ [1]

22. Bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzten Erben beginnt die Ueberlegungsfrist erst mit der Erfüllung der Bedingung, da erst mit diesem Zeitpunkte der Erbanfall eintritt (§ 369 d. T. s. oben Nr. 5). Hierbei kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des Erben abhängt, oder nicht — ob die Bedingung eine potestative, oder casuelle ist — denn auch die erstere hindert, so lange sie unerfüllt bleibt, den Anfall der Erbschaft. Aber freilich wird man *nach Erfüllung* der Potestativ-Bedingung nicht mehr von einer nun erst dem Erben zustehenden Deliberation über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft reden können, da ja der Berufene durch jene Erfüllungshandlung, die er eben

---

[1]) Im Oesterreichischen bürgerl. Gesetzbuche ist für die Antretung der Erbschaft eine bestimmte Frist nicht vorgeschrieben. Auch kann der Berufene nicht durch andere betheiligte Personen zur Abgabe der Erklärung, ob er die angefallene Erbschaft annehme oder ablehne, binnen einer bestimmten Ueberlegungsfrist mit der Wirkung gedrängt werden, daß er nach Ablauf derselben als Erbe oder Nichterbe behandelt würde. *Unger*, das österreich. Erbrecht § 36 S. 149. Derselbe, die Verlassenschaftsabhandlung S. 127 f.

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen (§§ 2264—2266) erklärt den Erben seines Erbrechts verlustig, wenn er nicht binnen der vom Erblasser dazu bestimmten, oder binnen der auf Antrag der betheiligten Personen ihm vom Erbschaftsgericht gesetzten Frist sich über die Antretung der Erbschaft erklärt, sieht dagegen, in Ermangelung einer vom Erblasser bestimmten Antretungsfrist, die Erbschaft als angenommen an, wenn sich der Erbe innerhalb eines Jahres nach der von dem Anfalle erlangten Kenntniß, über die Antretung nicht erklärt.

Das Zürcherische privatrechtl. Gesetzbuch (§§ 1990—1992) bestimmt dem gesetzlichen Erben ein, erforderlichenfalls vom Gericht angemessen zu verlängerndes tempus utile von dreißig Tagen seit dem Todestage des Erblassers, innerhalb dessen derselbe entweder seine *Ausschlagserklärung* einzugeben oder die *Rechtswohlthat* des öffentlichen *Inventars* zu begehren hat, widrigenfalls er den Erbschaftsgläubigern und Miterben gegenüber als Erbe gilt. Dem Testamentserben wird nur auf Begehren der Betheiligten zu gleichem Zwecke eine nach den Umständen zu bemessende Frist gestellt (§ 2084).

Vergl. auch den Großh. Hessischen Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Art. 256, 257.

zu dem Zwecke vornimmt, um der ihm zugedachten Erbschaft theilhaftig zu werden, seinen Willen, Erbe zu werden, klar zu erkennen gibt.

Auch in anderer Beziehung ist jener Unterschied von Wichtigkeit. Es verordnet nämlich der § 495 Tit. 12 Th. I des A. L. R.:

> „Hängt die Erfüllung der Bedingung von demjenigen ab, welcher damit beschwert worden ist, und hat der Erblasser keine Frist dazu bestimmt: so können diejenigen, welchen daran gelegen ist, auf richterliche Bestimmung einer verhältnißmäßigen Frist antragen."

In dieser Vorschrift ist in der That die Nöthigung des Erben zu finden, sich in bestimmter Frist über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft selbst zu erklären — also die in die Hand des Richters gelegte Festsetzung einer Deliberationsfrist.

Eine solche kennt auch das römische Recht:

Pompon. l. 23 § 1 D. de her. inst. (28, 5). Sed si bonorum possessionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit (veluti: si servum, quem in potestate habeat manumiserit: nec manumitttat) hic Praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas.

Ebenso das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 2266. „Auf Antrag der Erbschaftsgläubiger und der Vermächtnißnehmer, ingleichen Derjenigen, welche nach dem Wegfalle des Erben zur Erbfolge berechtigt sind, insbesondere der Nacherben und Anwärter, hat das Erbschaftsgericht dem Erben aufzulegen, innerhalb einer angemessenen, jedoch nicht unter zwei Monaten zu bestimmenden, nach Umständen auf Antrag zu verlängernden Frist, bei Verlust seines Erbrechts sich über die Antretung der Erbschaft zu erklären, auch wenn derselbe unter einer auf sein Handeln gestellten Bedingung eingesetzt ist, diese Bedingung zu erfüllen. Der Verlust des Erbrechts tritt ohne Weiteres ein, wenn der Erbe innerhalb der ihm gesetzten Frist sich über die Antretung nicht erklärt oder die Bedingung nicht erfüllt."[1])

23. Ueber die Frage, von welchem Zeitpunkte an dem Testamentserben, der in Ermangelung eines letzten Willens zur Intestaterbfolge berechtigt sein würde, die gesetzlichen Fristen zur Erklärung über den Erbschaftsantritt und zur Einreichung des Inventars laufen, spricht sich ein im Codex Fabrianus Lib. VI tit. XXI def. 1 mitgetheiltes Er-

[1]) Das Oesterreich. Gesetzbuch enthält in dieser Hinsicht eine Lücke. Unger, die Verlassenschaftsabhandlung S. 128 Note 12.

kenntniß des Gerichtshofes von Savoyen vom September 1593 dahin aus:

> Qui heredem se institutum ignorat, si tanquam ab intestato possideat hereditatem, non prohibetur heres esse ex testamento, sive pure (neque enim successionem testamentariam repudiasse videri potest, quam ignoravit sibi competere) sive cum beneficio legis et inventarii, si id malit. Nam quid si testamento legata multa relicta sint, quae ab intestato nulla debuisset? Non potest videri in fraudem edicti Praetoris quicquam fecisse, ideoque nec legis beneficio indignus est; sed ita tamen si intra legitima tempora a die, quo testamenti notitiam habuit, computanda inventarium facere coeperit et perfecerit. At si sciens testamentum, heredem se dicat ab intestato, nec statim imploret beneficium legis, vix est, ut id quandocunque postea imploranti illi debeat indulgeri, quasi fraudandi animum habuisse videatur, qui hereditarias res per tam longum tempus retinuerit, ac pro arbitrio tractaverit. Cavere namque debet, qui beneficium legis sibi salvum esse vult, uti ne quid attingat hereditarium, priusquam inventarium confectum sit. Itaque si contra fecerit, statim conveniri ex edicto potest a creditoribus et legatariis, licet in eo, qui nihil hereditarium possidet, sola testamenti scientia, adeoque subsecuta ex testamento aditio beneficium inventarii non excludat, quamdiu describendi ejus facultatem tempora largiantur.[1])

---

§ 386. «Während dieſer Friſt iſt der Erbe auf Forderungen der Erbſchaftsgläubiger ſich einzulaſſen, und Prozeſſe, die von dem Erblaſſer oder gegen ihn angeſtellt worden, fortzuſetzen nicht ſchuldig.»

24. Vergleiche:

L. 22 § 11 C. de jure delib. (6, 30): Donec tamen inven-

---

[1]) Vergl. das Erkenntniß unſeres Ober-Tribunals vom 13. Februar 1828, worin angenommen iſt, daß dem Inteſtaterben, welcher zugleich in einem Teſtament zum Erben eingeſetzt worden iſt, die geſetzlichen Friſten zur Erklärung über den Antritt der Erbſchaft und zur Einreichung des Nachlaß-Inventars erſt von dem Tage der Teſtamentseröffnung an laufen.

Simon und v. Strampff, Rechtsſprüche II. S. 54 f.

Eine andere Frage iſt, ob dieſer Satz auch in Betreff des im Teſtamente eingeſetzten Notherben gilt.

In dieſer Hinſicht iſt zu verweiſen auf den Plenarbeſchluß des Ober-

tarium conscribitur: vel si res praesto sint, intra tres menses: vel si abfuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare: sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum: nulli scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praejudicio generando.[1])

Nov. 115 cap. 5: . . . Sancimus itaque: nulli penitus esse licentiam, aut heredes, aut parentes, aut liberos, aut conjugem, aut agnatos, vel cognatos, aut alios affines ejus, aut fidejussores ante novem dierum spatium, in quibus videntur lugere, conveniendi, aut quocunque modo inquietandi, aut aliquam admonitionem eis offerendi, aut in judicium eos vocandi, sive debiti gratia quod a defuncto descendit, sive alterius cujuscunque causae nomine admemoratas personas specialiter pertinentis. Si vero intra novem dierum spatium aliquis ausus fuerit quamlibet de praedictis personis aut aliquam cautionem seu promissionem vel fidejussionem exigere ab ea: haec omnia invalida esse decernimus . . .[2])

Tribunals vom 6. Januar 1851 Präjud. 2264 (Entscheid. B. 20 S. 10 ff.), so wie auf die Gegenausführungen Koch's im Komment. zum Allg. Land-Recht I. S. 588, 589 (4. Aufl.). Vergl. auch Schering's Archiv für rechtsw. Abhandl. I. S. 412 ff.

[1]) v. Buchholtz in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. X. S. 412 f.
Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Com. B. 41 S. 366.

[2]) Auf einer gleichen Begünstigung beruht das durch das Sächs. Landrecht I. Art. 22, III, Art. 15 und den Schwabenspiegel Cap. 263 eingeführte Recht des Dreißigsten, das sich in mehreren Partikularrechten Deutschlands erhalten hat.
Vergl. Heydemann, die Elemente der Joachim'schen Constitution von 1527. S. 215.
v. Holzschuher, Theorie und Casuistik II. Abth. 1 S. 479.
So verordnet das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2249. „Personen, welche mit dem Erblasser bis zu seinem Tode in häuslicher Gemeinschaft lebten und auf seine Kosten unterhalten wurden, sind befugt, bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode des Erblassers in dem Gebrauche der Wohnung und des Hausraths zu bleiben und den erforderlichen Unterhalt für Rechnung der Erbschaft zu beziehen."
Desgl. das Zürcherische privatrechtl. Gesetzb. § 1981. „Diejenigen Personen, welche bis zum Tode des Erblassers in derselben Haushaltung mit ihm lebten und auf seine Kosten verpflegt wurden, wie insbesondere seine Wittwe oder minderjährige Kinder, sind in der Regel berechtigt, bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode ihres Verpflegers noch ferner im Genusse der Wohnung und des Hausrathes zu verbleiben und die erforderliche Nahrung auf Rechnung der Erbmasse zu beziehen.
(Bluntschli, Erläuter. VI S. 83, bemerkt dazu: Diese Bestimmung ist

Code civil art. 797. Pendant la durée des délais pour faire inventaire et pour délibérer, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation . . .[1])

25. Die Vorschrift des § 386 steht demjenigen nicht entgegen, der eine im Nachlasse befindliche Sache als sein Eigenthum vindicirt. Ein solcher ist nicht Erbschaftsgläubiger; er macht nicht ein ihm gegen den Erblasser zustehendes und daher nur gegen dessen Rechtsnachfolger zu verfolgendes Recht geltend, sondern er nimmt den Verklagten, ganz abgesehen von dessen Erbeigenschaft, als Erbschaftsbesitzer in Anspruch.

Voet, com. ad P. XXVIII. 8 Nr. 17.: . . . Sed haec non impediunt, quominus res alienae in hereditate repertae ac per defunctum detentae quantocius arbitrio veri domini vindicentur . . .

v. Buchholtz a. a. O. S. 412 Note 5.

---

§ 387. «Doch können die Gläubiger in allen Fällen, wo ein Arrestschlag nach den Gesetzen zuläßig ist, auf die Versiegelung des Nachlasses antragen.«[2])

26. Vergleiche:

Paul. l. 9 § 1 D. quib. ex caus. in poss. (42, 4): Si alter ex heredibus intra tempora sibi praestituta deliberet adire hereditа-

---

neu; sie schließt sich aber an das ältere Recht, vergl. Bluntschli, deutsches Privatrecht § 188, 3, und zum Theil an die Sitte an. Sie hat auch einen natürlichen Grund in dem Pietätsgefühl der Familie, welches durch sofortige Ausscheidung und Theilung verletzt wird.)

[1]) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Auflage) IV. § 614: . . . So lange nun diese Fristen laufen, kann der Erbe einem Jeden, welcher ihn als Erben in Anspruch nehmen will, die Einrede der noch laufenden Fristen entgegensetzen und durch diese Einrede dem gegen ihn gerichteten Verfahren Einhalt thun, ausgenommen, wenn das Verfahren bloß die Erhaltung der einem Dritten gegen die Erbschaft zustehenden Rechte zum Gegenstande hat, oder wenn der Erbe inmittelst die Erbschaft ausgeschlagen oder stillschweigend angenommen hat.

Eine gleiche Bestimmung findet sich auch im Großh. Hessischen Entw. eines bürgerl. Gesetzb. Abth. 3 Art. 262. In den Motiven wird dazu bemerkt: Wenn es zweifelhaft wird, ob der Erbe diese Eigenschaft beibehalten werde, und so lange dieser zweifelhafte Zustand dauert, kann der Erbe als solcher nicht verurtheilt, es kann ebensowenig ein bereits gegen den Erblasser

tem, alter vero neget se aditurum, videndum est, quid creditoribus agendum sit. Et placet, interim eos in possessionem mittendos custodiae causa, donec appareat, is, qui deliberat, utrum agnoscat partem suam, an non agnoscat.

Mulleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 34 th. 29 not. *α*: . . . VIII. Arrestum, si debiti exigendi causa fit, per quod vel mortui sepultura impediri, vel etiam heres aliique relicti turbari et inquietari possint, non est concedendum, nisi fortasse summum periculum in mora sit, metuendumque, ne bona in alium transferantur locum, vel dilapidentur, vel heres de fuga suspectus, et in eo loco, ubi negotium vertitur, possessionatus non est; quibus casibus injustissimum foret, denegari istam arresti impetrationem. Carpzov. p. 1 c. 30 d. 38 n. 3.

Verordn. für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hanſeſtadt Bremen vom 24. Mai 1843 § 285 „. . . Indeß kann das Gericht (während der Ueberlegungsfriſt) die zur einſtweiligen Sicherſtellung des Nachlaſſes nöthigen Maßregeln, und zwar bei beſonders dringenden Umſtänden auch von Amtswegen, veranſtalten."

Sehr ſpezielle Vorſchriften über die Sicherung der Gläubiger enthielt auch das für das K. Preußen erlaſſene Erbſchaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I § 5.[3])

---

§ 388. «Der Erbe ſelbſt kann, während der Ueberlegungsfriſt, zum Beſten des Nachlaſſes ſolche Handlungen, die keinen Aufſchub leiden, vornehmen.»

27. Dieſe Vorſchrift iſt nicht dahin zu verſtehen, als ob ſie dem berufenen Erben *ausnahmsweiſe* ein *Recht* ertheile, das ihm *der Regel nach* nicht zuſtände. Ihre Bedeutung iſt vielmehr nur die, daß ſie dem Erben das Deliberationsrecht wahrt, indem ſie ihm die Vornahme ſolcher dringenden Handlungen, ohne Präjudiz für ſein Ausſchlagungs-

---

ergangenes Urtheil gegen ihn vollſtreckt, oder in laufenden Rechtsſtreitigkeiten mit ihm verhandelt werden. Denn entſagt er der Erbſchaft, ſo wird angenommen, er ſei niemals Erbe geweſen. Die Beſtimmung des Artikels hindert jedoch die Erbſchaftsgläubiger nicht, gegen den proviſoriſchen Erben wenigſtens ihre Klagen *anzuſtellen*, und dadurch, wo es nöthig iſt, den Lauf der Verjährung zu unterbrechen.

Vergl. auch die oben zu § 384 angeführte Bremen'ſche Verordnung § 284.

[2]) Eine gleiche Vorſchrift enthält auch der § 15 Tit. 24 der Proz.-Ordnung.

[3]) *Rabe*, Samml. Preußiſcher Geſetze B. I Abth. 3 S. 102 ff.

recht, möglich macht. Die fragliche Beſtimmung bildet daher den Gegenſatz zu dem weiter unten folgenden § 420:

„Wer ſolche Verfügungen über die Erbſchaft trifft, woraus die Abſicht, dieſelbe nicht bloß einſtweilen zu verwalten, ſondern ſich ihrer als wirklicher Erbe anmaßen zu wollen, klar erhellet, der wird demjenigen, welcher eine Erbſchaft unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii ausdrücklich angenommen hat, gleichgeachtet."

Ulp. l. 5 § 1 D. de jure delib. (28, 8): Si major sit hereditas et deliberat heres, et res sunt in hereditate, quae ex tractu temporis deteriores fiunt, adito Praetore potest is, qui deliberat, sine praejudicio eas justis pretiis vendere; qui possit etiam ea, quae nimium sumtuosa sint, veluti jumenta aut venalicia, item ea, quae mora deteriora fiant, vendere, quique praeterea curaturus sit, ut aes alienum, quod sub poena vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvatur.

Id. l. 7 § 3 cod.: In causae autem cognitione hoc vertetur, an justa causa sit, ut deminuere Praetor permittat. Ergo et funeris causa deminui permittit, item eorum, quae sine piaculo non possunt praeteriri. Vescendi gratia aeque deminui permittet. Sed ubi urget, ex aliis quoque causis permittere eum oportet: ut aedificia sarciantur: ne agri inculti sint: si qua pecunia sub poena debeatur, ut restituatur: ne pignora distrahantur. Ex aliis quoque justis causis Praetor aditus deminutionem permittet: neque enim sine permissu ejus debet deminutio fieri.

Id. l. 5 pr. D. de her. pet. (5, 3): . . . ut puta si ad funus sit aliquid necessarium, nam funeris gratia deminutionem permittit (Praetor). Item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem solvatur, pignus distrahatur; sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio; sed et res tempore perituras permittere debet Praetor distrahere.[1])

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2253. „. . . Aus Handlungen, welche ſich auf das Begräbniß des Erblaſſers beziehen, oder die Aufbewahrung, Erhaltung und Ausmittelung der Erbſchaft bezwecken, kann an ſich eine Antretung derſelben nicht hergeleitet werden."[2])

---

[1]) Vergl. l. 20 pr. § 1—3 D. de acq. v. om. her. (29, 2), Voet, com. ad P. XXVIII. 8 Nr. 7.

[2]) Uebereinſtimmend der Entwurf eines bürgerl. Geſetzb. für das Großh. Heſſen Abth. 3 Art. 232, zu deſſen Rechtfertigung in den Motiven geſagt wird: Aus bloßen Verwaltungshandlungen des Erben kann eine ſtillſchweigende Annahme der Erbſchaft noch nicht abgeleitet werden; ja es liegt ſogar im Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger, der Vermächtnißnehmer und derjenigen, welche, wenn der nächſte Erbe ausfällt, an deſſen Stelle zu treten berufen ſind, daß der Nachlaß von dem zunächſt Berufenen einſtweilen aufbewahrt, verwaltet und für deſſen Erhaltung geſorgt wird. Ebenſo wenig kann das-

Code civil art. 796. „Si cependant il existe dans la succession des objects susceptibles de dépérir, ou dispendieux à conserver, l'héritier peut, en sa qualité d'habile à succéder, et sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation, se faire autoriser par justice à procéder à la vente de ces effets.“ [1])

Art. 779. „Les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire, ne sont pas des actes d'adition d'hérédité, si l'on n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier.“

28. Der berufene Erbe verkauft während der Ueberlegungsfrist eine Erbschaftssache, ohne daß die Voraussetzung des § 388 vorliegt. Später entsagt er der Erbschaft und der nach ihm berufene Erbe tritt dieselbe an. Ist Letzterer befugt, jene Erbschaftssache zu vindiciren?

Nach römischem Recht würde diese Frage zu bejahen sein. Denn nach den Grundsätzen desselben erwirbt der heres extraneus die Erbschaft nicht durch die bloße Delation, sondern erst durch die Antretung, welche aber gerade durch die Ertheilung der Deliberationsbefugniß noch hinausgeschoben bleibt. Die Veräußerung ist daher hier in der That Seitens eines Nichteigenthümers geschehen und steht deshalb dem wirklichen Erben nicht entgegen.

Pompon. l. 26 D. de contr. emt. (18, 1): Si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit, vel cui tempus ad deliberandum

---

jenige, was der Erbe zur Ausmittelung des Nachlasses vornimmt, als Annahme der Erbschaft angesehen werden, da der Erbe befugt ist, sich, ehe er sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklärt, genau von dem Bestande der Masse zu unterrichten. Durch Bestreitung der Begräbnißkosten wird nur einer Verbindlichkeit entsprochen, welche auf dem Nachlasse ruht.

Vergl. auch die Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt Bremen vom 24. Mai 1843 § 285. „Während dieser Zeit darf der Erbe zum Besten des Nachlasses Handlungen, welche keinen Aufschub leiden, vornehmen, ohne daß daraus die Annahme der Erbschaft gefolgert werden kann.“

[1]) Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Auflage) IV § 614: ... Es hat sich der Erbe, wenn er anders nicht des Rechts, auf die Erbschaft zu verzichten, verlustig werden will, einer jeden Handlung zu enthalten, aus welcher auf die Annahme der Erbschaft zu schließen sein würde, mithin z. B. einer jeden Veräußerung der zum Nachlaß gehörigen Sachen. Wenn sich in dem Nachlaß Sachen vorfinden sollten, welche dem Verderben unterworfen wären oder deren Aufbewahrung kostspielig wäre, oder wenn ein anderer Grund zu einer schleunigen Verfügung über gewisse Erbstücke eintreten sollte, so kann sich der Erbe, als zur Erbschaft berufen, von dem Gerichte ermächtigen lassen, diese Sachen zu verkaufen oder die dringliche Verfügung zu treffen. Uebrigens muß der Verkauf jederzeit im Wege der Versteigerung geschehen.

de hereditate ita datum sit, ut ei deminuendi potestas non sit, dominus non ero. Dissimiliter atque si a debitore sciens fraudari emero.[1])

Anders steht die Sache nach unserem Recht. Schon mit dem Erbanfall wird der Berufene wirklicher Erbe und ist als solcher zu jeder Verfügung über die Nachlaßsachen ermächtigt. Das vom Gesetz ihm gegebene Deliberationsrecht setzt ihm hierin keine Schranke, sondern enthält nur eine Erweiterung seiner Befugnisse, indem es ihm das Recht verleiht, sich der noch nicht wirklich übernommenen Erbschaft in bestimmter Frist wieder zu entschlagen — ein Recht, das allerdings an die Voraussetzung geknüpft ist, daß der Erbe während der Ueberlegungsfrist sich jeder anderen als der im § 388 bezeichneten Disposition über den Nachlaß enthält. Handelt derselbe dieser Bedingung entgegen, so hat er sich eben damit als wirklicher Erbe gerirt. Die geschehene Veräußerung stellt sich gerade deshalb, weil sie ohne Noth erfolgt ist, als eine von ihm in seiner Eigenschaft als wahrer Erbe (und nicht als bloßer interimistischer Verwalter des Nachlasses) vorgenommene dar. Der Käufer ist deshalb in seinem erworbenen Eigenthum zu schützen.

Von Antretung[2]) und Entsagung der Erbschaften überhaupt.

§ 389. «Nur derjenige, welcher die freie Verwaltung seines Vermögens hat, kann sich über die Annahme oder Entsagung einer Erbschaft rechtsgültig erklären.»

29. Paul. l. 18 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Is potest repudiare, qui et acquirere potest.

---

[1]) Westphal, Lehre des gem. Rechts vom Kauf, Pacht ꝛc. (Leipzig 1789) § 48 bemerkt zu dieser Stelle: Des Verkaufs sind diejenigen unfähig, welche als Erben sich noch des Juris deliberandi bedienen, also noch nicht vollkommen Herren der Erbgüter sind . . . Der, welcher noch deliberirt, ist nicht fähig, ein Eigenthum, so er selbst noch nicht hat, zu überlassen, wenn auch der Käufer sich in bona fide befinden sollte. Folglich steht das sciens hier vergeblich.

[2]) In Betreff der Grundsätze des röm. Rechts über Antretung der Erbschaft ist zu verweisen auf:

Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 42 S. 396 f.

Arndts in Weiske's Rechtslexicon IV. S. 14—17.

Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts (Leipzig 1861) S. 305 f.

Bering, Röm. Erbrecht (Heidelberg 1861) S. 489 f.

Ulp. l. 4 eod.: Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire.[1])

Daries, inst. jurispr. univ. (edit. 3 Jen. 1748) § 513 Cor. I: Hereditatis aditio concipitur ex voluntatis declaratione, sed voluntatem suam nemo declarare potest, nisi qui gaudet usu intellectus atque rationis. Ergo et requisita ejus, qui hereditatem vult adire, inde intelligere possumus.

Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV. 611: Nur diejenigen können eine Erbschaft — ausdrücklich oder stillschweigend — annehmen, welche rechtlich befähigt sind, sich theils überhaupt, theils zu Folge besonderer gesetzlicher Vorschriften in dem vorliegenden Falle (also gegen die Gläubiger der Erbschaft) verbindlich zu machen.

Arndts a. a. O. S. 11 f.: Die Erbschaftsantretung ist ein Willensact, sie setzt daher Willensfähigkeit voraus; sie ist zudem ein Willensact, welcher möglicher Weise mannigfache, schon jetzt bekannte oder noch unbekannte Verpflichtungen begründen kann; es wird daher die Fähigkeit, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, dazu erfordert . . .

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 5: „. . . 1mo Muß derjenige, welcher die Erbschaft antreten will, nicht nur derselben nicht unfähig, sondern auch so beschaffen seyn, daß er sich gegen andere verbindlich machen möge . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 805. „Wer seine Rechte selbst verwalten kann, dem steht frey, die Erbschaft unbedingt, oder mit Vorbehalt der obigen Rechtswohlthat, anzutreten oder auch auszuschlagen . . ."

---

§ 390. «Steht der Erbe unter Vormundschaft oder Curatel, so muß die Erklärung von dem Vormunde oder Curator abgegeben werden.»[2])

30. § 1 J. de auct. tut. (1, 21): Neque tamen hereditatem adire,

---

[1]) Struv, syntag. jur. civ. Exerc. 34 th. 25: . . . Is vero potest adire seu acceptare, et acceptando s. adeundo jus hereditarium sibi acquirere, qui intelligit quod agit. Qui vero propter aetatem vel morbum non intelligit, quod agit, tutore vel curatore opus habet.

[2]) Vergl. dazu Allgem. Landrecht Th. II Tit. 18:

§ 643. „Erbschaften, welche den Pflegebefohlenen während des Laufes der Vormundschaft zufallen, kann der Vormund ohne besondere Approbation, jedoch nur mit dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii, antreten."

§ 644. „Soll eine Erbschaft ausdrücklich ohne Vorbehalt angetreten, oder ausdrücklich abgelehnt werden: so ist dazu die Approbation des vormundschaftlichen Gerichts nothwendig."

Anhang § 165. „Wird von der Mutter, als Vormünderin ihrer Kinder, die obervormundschaftliche Genehmigung zur Antretung der Erbschaft, ohne

neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso aliter possunt (pupilli), nisi tutoris auctoritate, quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat. [1])

Gaj. l. 9 § 3 D. de auct. et cons. tut. (26, 8): Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum. § 4. Nec ex Senatusconsulto Trebelliano hereditatem recipere pupillus sine tutoris auctoritate potest.

Paul. l. 9 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Pupillus si fari possit, licet hujus aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat . . . tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest; hoc enim favorabiliter iis praestatur. [2])

L. 5 C. de jure delib. (6, 30): Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi possessionem: sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere.

L. 7 § 3 C. de cur. fur. (5, 70): . . . sancimus, furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere: curatori autem ejus licentiam damus (imo magis

---

Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventarii, nachgeſucht, ſo muß nach den Umſtänden der damit verknüpften Gefahr geprüft und dabei näher erwogen werden: ob nicht eine ſolche Vormünderin ſich zur Vertretung dieſer Gefahr aus eigenen Mitteln verpflichten müßte, und welche Sicherheit dieſe ihre Verpflichtung, wenn ſie unter Beobachtung der bei Bürgſchaften vorgeſchriebenen geſetzlichen Form geſchiehet, gewähren könne." (Entnommen aus dem Reſcr. vom 18. April 1797.)

[1]) Voet, com. ad P. XXVI. 8 Nr. 3: . . . Quin imo illis etiam in casibus, in quibus lucrum pupillo acquiri potest, tutoris auctoritas adhibenda est, ubi lucro vicissim quoque onus adhaeret. Qua ratione sine tutore neque hereditatem, utcunque lucrosam, pupillus adire potest, neque bonorum possessionem petere, seu agnoscere, neque fideicommissum universale sibi restituendum recipere; eo quod ita simul hereditariis oneribus, vires patrimonii quandoque superantibus, efficitur obnoxius.

Dernburg, die Compenſation nach römiſchem Recht (Heidelberg 1854) S. 68: Der Pupill iſt zum Abſchluß von Rechtsgeſchäften unfähig, welche ihn berechtigen, aber mit Nothwendigkeit zugleich verpflichten würden. Eine Erbſchaft vermag er daher nicht allein anzutreten, da hier die Uebernahme der Verpflichtung untrennbar mit dem Erwerb des Rechts verbunden iſt, — ſelbſt wenn die Erbſchaft vollſtändig ſolvent wäre, bliebe der Act des Antrittes ganz nichtig.

Vergl. auch Köppen, Syſtem des heut. röm. Erbrechts § 13.

[2]) Vergl. Voet, com. ad P. XXIX. 2 Nr. 9: . . . Atque ita nostris moribus tutores pro pupillis, curatores pro minoribus hereditatem adeunt et dominium acquirunt, nec opus est pupilli vel minoris facto aut voluntate. Hugo Grotius manuduct. ad jurispr. Holland. lib. 2 cap. 21 nr. 2.

necessitatem imponimus) si utilem ei esse successionem existimaverit . . .[1])

L. 5 C. de repud. v. abst. her. (6, 31): Pupillorum repudiatio delatae hereditatis sine tutore auctore facta, nihil eis nocet.

Ulp. l. 1 § 4 D. de succ. edict. (38, 9): Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem videamus. Et magis est, ne possit, sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest.[2])

Kraut, Vormundschaft II. S. 134, 135: Wenn dem Mündel eine Erbschaft anfällt, so hat nach röm. Recht der Vormund vor Allem zu prüfen, ob sie demselben Vortheil bringt oder nicht. Findet er das Erstere, so muß er sie antreten oder behalten; überzeugt er sich aber vom Gegentheil, so muß er sie sofort repudiiren, omittiren oder den Mündel abstiniren. Handelt er dem entgegen, so hat er in beiden Fällen den dadurch erwachsenen Schaden dem Mündel zu ersetzen.[3]) Außerdem steht Letzterem die in integrum restitutio zu.

---

[1]) Vergl. v. Vangerow, Zur Lehre von der bonorum possessio furiosi nomine (im Archiv für die civilist. Praxis B. 30 S. 1—42).

Erkenntniß des O. A.-G. zu Rostock vom 17. Decbr. 1855 (Seuffert, Archiv XV Nr. 233); desgl. über die Frage, nach welchem Rechte die Befugniß des am Wohnorte eines furiosus demselben bestellten Curator zum Erwerbe einer dem Curanden im Auslande angefallenen Erbschaft zu beurtheilen sei, das Erkenntniß des O. A.-G. zu Oldenburg vom 5. März 1853 (ebendas. VI Nr. 307).

[2]) Vergl. Voet, com. ad P. XXIX. 2 Nr. 34: . . . Moribus vero nostris tutor pro pupillo, curator pro prodigo, furioso et similibus repudiationem facit: ut tamen tutius fecerit, si judicis aut magistratus pupillaris decretum adhibeat.

Verfügung des O. A.-G. zu Darmstadt vom 9. September 1831: Nach richtiger Auslegung der Gesetze erscheint bei Erbschaftsentsagungen der Vormünder ein förmliches Veräußerungsdecret nicht nothwendig, indem es sich nicht von der Aufgebung bereits vollkommen erworbener Rechte handelt (Seuffert, Archiv XIII Nr. 100).

Köppen in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern V. S. 131—133. Das Recht aus der Delation ist eine bloße facultas acquirendi, die als solche nicht schon zum Vermögen zählt und deren sich deshalb der Delat ohne eine Minderung desselben entäußert . . . Deshalb kann der Vormund einen seinem Mündel deferirten Nachlaß repudiiren, ohne daß er dazu eines Alienationsdecrets bedarf. (Vergl. Rudorff, Recht der Vormundschaft II S. 401.) Der Mündel selbst kann aber dies nur deshalb nicht, weil ihm über alle, nicht bloß über seine Vermögens-Rechte die Disposition entzogen ist.

[3]) Gaj. l. 11 D. de auct. et cons. (26, 8): Si ad pupillum aut furiosum bonorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia et in agnoscenda et in repudienda bonorum possessione voluntatem tutoris curatorisque spectari debere placuit, qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisve judicio tenebuntur.

In Deutschland wird aber fast allenthalben verlangt, daß der Vormund jede Erbschaft überhaupt, auch die scheinbar vortheilhafteste, nicht anders als unter Errichtung eines Inwentars antrete. Mindestens darf er die Erbschaft nicht ohne Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde ausschlagen.

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 5: „Die Erbschafts-Antretung . . . kann entweder für sich selbst, oder durch einen specialiter hierzu bevollmächtigten Anwalt geschehen. Kinder oder Pflegebefohlene werden wie in anderen Sachen, also auch hierin von ihren respectiven Vätern, Vormündern oder Curatoren vertreten, und was diese jenen zum Schaden etwa unterlassen, das kann per Restitutionem in integrum wieder ersetzt werden . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 233. „Ueberhaupt kann ein Vormund in allen Geschäften, welche nicht zu dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehören, und welche von größerer Wichtigkeit sind, nichts ohne gerichtliche Einwilligung vornehmen. Er kann also eigenmächtig keine Erbschaft ausschlagen oder unbedingt annehmen . . ." [1])

Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt Bremen vom 24. Mai 1843 § 280. „Steht der Erbe als Minderjähriger unter Vormundschaft, so wird bei der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft sein Wille durch die Vormünder vertreten."

§ 281. „Curatoren, welche für Wahn- und Blödsinnige oder für Verschwender bestellt worden, stehen in Betreff der definitiven Erwerbung oder Ausschlagung einer ihren Curanden angefallenen Erbschaft den Vormündern Minderjähriger gleich."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 1913. „Bevormundete können ohne Einwilligung ihrer Vormünder und ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes Erbschaften weder antreten noch ausschlagen . . ." [2])

Privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich § 373. „Der bezirksräthlichen Genehmigung bedürfen . . . m. Erklärungen (des Vormundes) über Antritt oder Ausschlagung einer Erbschaft —" [3])

Code civil art. 461. „Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire." [4])

---

[1]) Zur Verwaltung des Vermögens eines Minderjährigen gehört die Geltendmachung aller demselben diesfalls zustehenden Rechte, mithin auch das der Erbeserklärung. Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 29. September 1863. (Allg. österreich. Gerichts-Zeitung 1864 S. 53.)

[2]) Diese Vorschrift ist dem § 4 Cap. XIII der allgemeinen Vormundschaftsordnung vom 10. Oktober 1782 entnommen.

[3]) Vergl. §§ 365, 366 ebendas.

[4]) Vergl. art. 776 ebendas.

31. In Betreff der in der Preußischen Rechtspraxis vielfach verhandelten Streitfrage:

> ob der Vater, wenn seinem minderjährigen Hauskinde eine Erbschaft angefallen ist, diese ohne Vorbehalt antreten oder ihr entsagen könne, ohne dazu der obervormundschaftlichen Genehmigung zu bedürfen,

ist zu verweisen auf Arndts und Leonhard, das Preußische Vormundschaftsrecht (Berlin, 1862) S. 132, 133, welche mit Recht diese Frage durchweg bejahen. (Vergl. auch Dr. Schütz in der Jurist. Wochenschrift VII. S. 102.)[1])

32. Der § 390 behandelt den Fall einer nothwendigen Stellvertretung Behufs der Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft. Ueber eine freiwillige Stellvertretung enthält unser Landrecht keine besondere Bestimmung.[2]) Ebendeshalb ist dieselbe nicht für ausgeschlossen zu erachten, da der allgemeine Grundsatz gilt:

> „Alle Privatgeschäfte, die Jemand selbst vorzunehmen berechtigt ist, können von ihm in der Regel auch einem Andern übertragen werden."[3])

Unzweifelhaft wird jedoch eine Spezialvollmacht[4]) zu erfordern sein,

---

[1]) In Ansehung der für unser heutiges Recht ganz unanwendbaren Grundsätze des römischen Rechts über die Erwerbung von Erbschaften Seitens der Hauskinder vergl. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Comment. B. 39 S. 229—241.

Köppen, Syst. des heut. röm. Erbrechts § 12.

[2]) In Betreff des römischen Rechts, dessen heutige Anwendbarkeit in diesem Punkte jedoch sowohl in der Theorie als in der Praxis mit gutem Grunde bezweifelt wird (vergl. Erk. des O. A.-G. zu Jena vom 29. August 1856 in Seuffert's Archiv XV Nr. 232), ist zu verweisen auf:

Averan. Interpret. jur. Lib. I c. 12 nr. 12 nr. 58—60.
Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 42 S. 396 f.
Arndts, Lehrbuch der Pandekt. § 589 Anm. 2.
Köppen, Syst. des heut. röm. Erbrechts § 11.

[3]) A. L. R. Th. I Tit. 13 § 18.

[4]) Vergl. Ulp. l. 25 § 5 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Sed utrum generaliter: quaecunque tibi hereditas fuerit delata, an specialiter? Et magis placet, ut Cajus Cassius scribit, specialiter debere mandare.

Vergl. Strippelmann, Entscheid. des O. A.-G. zu Cassel V S. 358: „Die Ertheilung einer Vollmacht zum Erbschaftsantritt setzt die Kenntniß

da die Annahme der Erbſchaft einen Rechtsakt bildet, der zugleich die Uebernahme von Verpflichtungen in ſich faßt und die Ausſchlagung der Erbſchaft in einem Verzichte beſteht.[1])

So beſtimmt auch das Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 1008:

„. . . Wenn aber eine Erbſchaft unbedingt angenommen oder ausgeſchlagen werden ſoll, . . . ſo iſt eine beſondere auf das einzelne Geſchäft ausgeſtellte Vollmacht nothwendig . . .“[2])

während das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2250 nur die allgemeine Vorſchrift enthält:

„. . . Auch durch Stellvertreter kann die Erbſchaft angetreten werden.“[3])

---

§ 391. «Iſt zur Zeit des Anfalles über das Vermögen des Erben Concurs eröffnet, ſo iſt zur Rechtsgültigkeit ſeiner Erklärung der Beitritt des Curators und die Genehmigung des den Concurs dirigirenden Gerichts erforderlich.»

33. Mit dieſer Vorſchrift ſind die Beſtimmungen unſerer Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 in Verbindung zu bringen:

§ 1. „Der Konkurs erſtreckt ſich auf das geſammte der Execution unterliegende Vermögen, welches der Gemeinſchuldner zur Zeit der

---

des Vollmachtgebers vom Erbſchaftsanfall zu ihrer Gültigkeit voraus und muß ſpeciell auf die Handlung gerichtet ſein.“

Der Grund liegt für das gemeine Recht darin, daß die Natur des Erbrechts die eigene Entſchließung des Delaten fordert und nur deren Erklärung durch einen Stellvertreter nicht hindert. Die Erklärung des Mandatars ſetzt daher eine ſpecielle Vollmacht voraus, weil ohne eine ſolche die erforderliche eigene Entſcheidung des Delaten nicht exiſtiren kann. Köppen a. a. O. S. 386, 387.

[1]) A. L. R. a. a. O. § 103.

[2]) Desgl. der Großh. Heſſiſche Entwurf Abth. 3 Art. 229. „Die ausdrückliche Annahme (der Erbſchaft) muß entweder von dem Erben in Selbſtperſon oder durch einen mit einer gerichtlich beglaubigten beſonderen Vollmacht verſehenen Stellvertreter . . . erklärt werden.“

[3]) In den „Speziellen Motiven“ S. 906 wird dazu bemerkt: In der Praxis wird dieſer Satz wohl nie bezweifelt worden ſein, aber in der Theorie herrſcht, freilich aus Gründen, welche bei unſerm Rechtsbewußtſein nicht mehr durchſchlagen, kein Einverſtändniß über denſelben. Man hat deshalb dieſen Satz aufgenommen, um jeden Zweifel abzuſchneiden. Vorausgeſetzt iſt, daß die Stellvertreter, ſoweit ſie geſetzliche ſind, die erforderliche Autoriſation haben, und daß, ſo weit ſie freiwillige ſind, ihr Mandat ausreicht.

Eröffnung des Konkurses besitzt oder während der Dauer des Konkurses erlangt . . ."[1])

§ 4. „Mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner von Rechtswegen die Befugniß, sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch die Gesammtheit der Konkursgläubiger (Gläubigerschaft) an Stelle des Gemeinschuldners ausgeübt. Zu diesem Behuf erfolgt die Bestellung eines Verwalters der Konkursmasse."

§ 5. „Alle Verfügungen und Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt, sind in Beziehung auf die Gläubigerschaft nichtig, namentlich alle eingegangene Verbindlichkeiten . . ., alle vorgenommene Veräußerungen . . . und Entsagungen . . ."

§ 262. „Wird erst nach der Konkurseröffnung eine dem Gemeinschuldner angefallene Erbschaft von der Gläubigerschaft übernommen, so gehört nur dasjenige zur Konkursmasse, was von der Erbschaft nach Abzug und Tilgung der auf derselben haftenden Schulden und Lasten übrig bleibt."

Hierdurch ist von selbst dem Gemeinschuldner jede Befugniß entzogen, sich über die Annahme oder Entsagung einer während des Konkurses ihm angefallenen Erbschaft zu erklären. Diese Befugniß ist vielmehr ausschließlich auf den, unter Aufsicht des Gerichts handelnden, Vertreter der Gläubigerschaft übergegangen, so daß von einem bloßen Beitritte desselben zu der von dem Gemeinschuldner abzugebenden Erklärung nicht füglich mehr die Rede sein kann.

Anders steht die Sache nach römischem Recht.

Geiger und Glück, Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen ꝛc. B. 3 (Erlangen 1806) Nr. XLIII. „Rechtliches Gutachten über die Frage, ob ein in Concurs gerathener Schuldner eine ihm während desselben angefallene Erbschaft zum Nachtheil seiner Gläubiger auszuschlagen befugt sei."[2])

---

[1]) Der letztere Zusatz enthält eine wesentliche Abänderung des bisher geltenden Rechts, namentlich auch des gemeinen Rechts.

Vergl. hierüber Koch, die Preuß. Konk.-Ordn. S. 9—11 Note 2, so wie in Betreff des gemeinen Rechts die Ausführungen von Hempel in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt III. S. 257 f., 302 f. (vergl. dazu Archiv für pract. Rechtswissensch. VII. S. 169, 170 und das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 27. März 1852 in Seuffert's Archiv VI. Nr. 112).

[2]) Es wird hier ausgeführt: Durch die Eröffnung des Konkurses wird dem Schuldner nur die Befugniß, über sein vorhandenes Vermögen zum Nach-

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 15. September 1830: Die von dem Appellanten geltend gemachte Unfähigkeit der Gemeinschuldnerin, über ihr Vermögen zu verfügen, läßt auf den Mangel ihrer Befugniß, eine ihr angefallene Erbschaft auszuschlagen, um so weniger schließen, als der bloße Anfall einer solchen, ehe deren Annahme stattgefunden hat, kein zum Vermögen gehöriges Recht begründet, sondern nur die factische Veranlassung zu dem Erwerbe eines solchen darbietet. (Pfeiffer, pract. Ausführungen Th. IV S. 59.)

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 16. Juni 1831: Die active Repräsentation des Gemeinschuldners durch die Gläubiger erstreckt sich nur auf die bereits wirklich zu einem Theile seines Vermögens gewordenen Rechte; hierzu aber kann ein zur Erwerbung erst angebotenes Recht nicht gezählt werden, wie denn auch, wenngleich dem Gemeinschuldner die Fähigkeit zu einer Disposition über sein Vermögen allerdings abgeht, doch die Ausschlagung einer Erbschaft für eine Disposition, namentlich für eine Veräußerung nicht zu halten ist, da einer solchen ein Erwerb vorausgegangen sein muß. (Ebendaselbst S. 58.)

---

theil seiner Gläubiger zu disponiren, entzogen, keineswegs aber wird ihm dadurch die Befugniß genommen, Erwerbungen zu verstoßen, die noch nicht zu seinem Vermögen gerechnet werden konnten. Hierdurch veräußert er nichts von seinem Vermögen (§ 10). Eine bloß deferirte Erbschaft gehört noch nicht zum Vermögen des Erben, so lange sie noch nicht angetreten ist (§ 11). Die Gesetze erlauben daher dem Schuldner unbedingt, eine ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen (§ 12). Der Schuldner ist nicht verbunden, sein Vermögen zum Vortheil seiner Gläubiger zu vermehren, er darf es nur nicht zum Nachtheil derselben verringern (§ 13). Nur der Fiskus hat das Recht, einen von seinen Schuldnern verstoßenen Erwerb zu revociren (§ 14). Das Recht, eine Erbschaft anzutreten, ist höchst persönlich und steht niemanden zu, als dem die Erbschaft angefallen ist, nicht den Gläubigern (§ 15). Die l. 6 pr. und § 2 D. quae in fraud. cred. ist nicht bloß von dem Fall zu verstehen, wenn der Schuldner noch vor dem Ausbruche des Konkurses zum Nachtheil seiner Gläubiger eine ihm angefallene Erbschaft ausschlägt. Das Edict des Prätors von der Revocation der zum Nachtheil der Gläubiger unternommenen Dispositionen des Schuldners geht auch auf den Fall, da der Schuldner während des Konkurses zum Nachtheil der Gläubiger gehandelt hat (§ 16). Fälschlich wird jene l. 6 von einigen älteren Rechtsgelehrten von einer künftigen, noch nicht einmal angefallenen Erbschaft verstanden (§ 17). Bei der Güterabtretung steht dem Schuldner unstreitig das Recht zu, jeden Erwerb zu verstoßen, welcher ihm nach der Cession anheimgefallen ist (§ 19). Widerlegung der Zweifelsgründe (§§ 20—23). Das Ergebniß des Gutachtens ist hiernach: „daß der Gemeinschuldner allerdings befugt und im Stande gewesen sei, die ihm nach ausgebrochenem Concurse zugefallene Erbschaft seiner Frau zu Gunsten seiner Kinder auszuschlagen, und daß daher die Gläubiger desselben diese Repudiation weder revociren, noch verlangen können, daß dieser Theil der Erbschaft zur Concursmasse gezogen werde" (§ 24).

Köppen in Gerber's und Ihering's Jahrbüchern V. S. 131, 132: Die Gläubiger des Delaten haben an sein jus successionis kein Recht: sie können ihn im Fall der Insolvenz weder zum Antritt zwingen, noch seine Repudiation als alienatio in fraudem creditorum anfechten, die Erbschaft mag ihm lege oder testamento deferirt sein.[1])

Hier wird das Recht aus der Delation behandelt, wie es wirklich erscheint, als eine bloße facultas acquirendi, die als solche nicht schon zum Vermögen zählt und deren sich deshalb der Delat ohne eine Minderung desselben entäußert, ohne welche er sich gegen seine Gläubiger, die nur an seinem Vermögen einen Anspruch haben, überhaupt keiner Rechtsverletzung, insbesondere auch keines dolus, wie ihn die actio Pauliana voraussetzt, schuldig machen kann, weil der dolus neben der betrügerischen Absicht auch einen betrügerischen Erfolg zur nothwendigen Bedingung hat.[2])

Erst die Succession selbst gewährt eine vermögensrechtliche Herrschaft, dominium, jura in re oder actiones, und es kann deshalb auch erst nach dem Antritt von einer alienatio in fraudem creditorum die Rede sein.[3])

Es haben jedoch auch neuere Gesetzgebungen, gleich der Preußischen, sich von diesen Grundsätzen des römischen Rechts losgesagt.

So das Oesterreichische Recht (Hofdekret vom 8. Mai 1835, Anhang Nr. 62 und Concursordn. für Ungarn ꝛc. vom 16. Juli 1853 § 61).[4])

Ebenso das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich, welches bestimmt:

---

[1]) L. 67 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis et restitues mihi, quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem, creditores tuos tali commodo fraudare: et ego nihil turpiter faciam, recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea, creditores compellere te, ut adires, non potuerint.

L. 6 § 2 D. quae in fraud. cred. (42, 8): Proindè et qui repudiavit hereditatem vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium deminuit.

[2]) L. 10 § 1 D. quae in fraud. cred. (42, 8): Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit . . .

[3]) L. 1 C. de revoc. his quae in fraud. (7, 75): Heres, qui post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit: creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecerit: bonis ejus excussis, usitatis actionibus (si tibi negotium gestum fuerit) ea quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis.

[4]) Unger, das österreich. Erbrecht S. 148.

§ 1023. „Kommen dem Gemeinschuldner während des Konkurses neue Aktiven, z. B. eine Erbschaft, zu, so sind dieselben von Amtswegen zur Konkursmasse zu ziehen und zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden.“ [1])

---

§ 392. «Die Erklärung muß überhaupt mit allen Erfordernissen einer rechtsgültigen Willensäußerung versehen sein, und bei dem Gerichte, unter welchem der Erblasser zuletzt seinen persönlichen Gerichtsstand gehabt hat, abgegeben werden (Tit. 5 § 133).»

§ 393. «Doch verliert die Erklärung bloß dadurch, daß sie aus Versehen bei einem nicht gehörigen Gerichte geschehen ist, ihre rechtlichen Wirkungen noch nicht, insofern nur der Erbe, sogleich nach erhaltener Bedeutung darüber, dieselbe gehörigen Orts angebracht hat.»

34. Der § 392 deutet zunächst auf die innere Beschaffenheit der Erklärung.

---

[1]) Bluntschli, Erläuterungen III S. 84, bemerkt dazu: Von Amtswegen, also auch ohne Begehren der Gläubiger, sobald das Konkursgericht irgendwie Kenntniß davon erhält, daß noch weiteres Vermögen des Gemeinschuldners da sei. Die Konkursmasse, welche zur Vertheilung kommt, umfaßt das ganze vorhandene Aktivvermögen des Gemeinschuldners.

In Betreff der Erbschaftsentsagung eines Gemeinschuldners wird in den Motiven des Großh. Hessischen Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs zu Art. 345 bemerkt: Wenn ein Schuldner, dem das Verfügungsrecht über sein Vermögen bereits gerichtlich entzogen war, einer ihm angefallenen Erbschaft entsagt, so muß die Entsagung für ihn selbst gültig und von Wirkung seyn. Das Gesetz kann den Gläubigern eines solchen Schuldners nur das Recht geben, die Folgen der Erbschaftsentsagung, insoweit dieselben für sie von Nachtheil sind, von sich abzuwenden. Die Verleihung dieses Rechtes wird wesentlich zur Beförderung des allgemeinen Credits beitragen und zugleich den Verletzungen des Rechtsgefühls vorbeugen, welche dann entstehen, wenn ein Schuldner einer ihm angefallenen Erbschaft in der leicht erkennbaren Absicht entsagt, dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger zu verhindern. Die Ausübung des Rechtes der Gläubiger muß aber an die Genehmigung des Gerichts geknüpft seyn, weil sie nur da, wo die Voraussetzungen dazu vorhanden sind, eintreten und nicht über den Zweck ausgedehnt werden soll. Die Wirkungen der Entsagung des Schuldners dürfen nur dann aufgehoben werden, wenn und insoweit aus jener Aufhebung

In dieser Hinsicht sagt Köppen in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern S. 138 f.:[1])

> Die Ausübung des Erbrechts als einseitiges Rechtsgeschäft ist beim Antritt eine auf Entstehung neuer Rechtsverhältnisse, bei der Repudiation eine auf Endigung eines Rechts gerichtete Willenserklärung. Dadurch werden die allgemeinen Requisite jedes einseitigen Rechtsgeschäfts auch Requisite der gültigen Ausübung des Erbrechts. Die Existenz des erforderlichen Willens, die Erklärung desselben, und damit Uebereinstimmung zwischen Erklärung und Willen . . . Der Wille, welcher zur Ausübung des Erbrechts gehört, wird, eben weil er Ausübung eines Rechtes ist, jedesmal durch das in concreto zustehende Erbrecht vorgeschrieben: aus diesem muß Antritt oder Repudiation erfolgen, damit der zu beiden nöthige Wille existirt. (Dies wird hierauf weiter ausgeführt, in Unterscheidung zwischen der absichtlichen und der unabsichtlichen Erklärung ohne Willen.)

Hierher gehört auch die Freiheit von der Einwirkung des Zwanges[2]) und Betruges.

---

ein Vortheil für die Gläubiger, welchen sie außerdem entbehren würden, hervorgehen kann. Das Gericht hat hierüber eine Untersuchung vorzunehmen und das Weitere durch den Vertreter der verschuldeten Vermögensmasse besorgen zu lassen.

[1]) Vergl. auch Köppen, System des heutigen röm. Erbrechts S. 333 f. und S. 350 f.

[2]) Vergl. Jacob Tobias Werners, die Rechtslehre von der Verbindlichkeit des erzwungenen Willens bei dem Antritte oder der Entsagung einer Erbschaft nach fr. 21 § 5, 6 quod metus causa. Frankfurt a. M. 1817. (Klien im Archiv f. d. civilist. Praxis I. S. 217 Anm. 14 sagt hierüber: „Diese Schrift gewährt eine sehr anziehende Lectüre. Der Verf. entwickelt näher, wie das strenge Civilrecht auf der Stoa in dem Rationalismus, die prätorische Restitution auf dem Epicuräismus und Sensualismus beruhe.")

Ulp. l. 6 § 7 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Celsus libro XV Dig. scripsit: eum, qui metu verberum, vel aliquo timore coactus, fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere.

Pompon. l. 85 eod.: Si metus causa adeat quis hereditatem, fiet, ut, quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas.

Paul. l. 21 § 5 D. quod met. caus. (4, 2): Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici; quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui. Sed per Praetorem restituendus sum, at abstinendi mihi potestas tribuatur. Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit: aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa praestando: ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat.

Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV. § 611: Die Annahme einer Erbſchaft kann inſofern angefochten werden, als ſie erzwungen oder erliſtet[1]) worden iſt. Aus dem einen und aus dem andern Grunde iſt der Erbe berechtigt, die von ihm geſchehene Annahme der Erbſchaft ſchlechthin, d. i. nicht bloß in Beziehung auf diejenigen zu widerrufen, welche ſich eines Zwanges oder einer Ueberliſtung ſchuldig gemacht haben.

So wird auch in den Motiven des Großh. Entwurfs eines bürgerl. Geſetzbuchs zu Art. 351 geſagt:

> Eine erzwungene Erbſchaftsannahme iſt ungültig, weil die Ungültigkeit eines jeden Rechtsgeſchäftes die natürliche Wirkung des dabei angewendeten Zwanges iſt. Der Betrug muß hier gleiche Wirkung haben, wie der Zwang, wegen der bedeutenden und tief eingreifenden Folgen, welche aus der Annahme einer Erbſchaft für die eigenen Vermögensverhältniſſe des Erben entſpringen können. Der betrogene Erbe könnte durch den Betrug die empfindlichſten Nachtheile an ſeinem eigenen Vermögen erleiden, wenn ihm das Geſetz nicht zu Hülfe käme, oder ihn bloß auf eine Entſchädigungsforderung gegen den Betrüger verwieſe.

Das weitere Erforderniß betrifft die Form der Erklärung.

Nach Preußiſchem Rechte muß die Erklärung über die Annahme oder Ausſchlagung der Erbſchaft bei dem Nachlaßgerichte abgegeben werden.[2])

---

[1]) Code civil art. 783. „Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession, que dans le cas où cette acceptation aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui . . .“

[2]) Scheinbar gleichlautend iſt die Vorſchrift des Oeſterreich. bürgerl. Geſetzb. § 799. „Wer eine Erbſchaft in Beſitz nehmen will, muß den Rechtstitel, ob ſie ihm aus einer letzten Anordnung; aus einem gültigen Erbvertrage oder aus dem Geſetze zufalle, dem Gerichte ausweiſen, und ſich ausdrücklich erklären, daß er die Erbſchaft annehme.“

Unger, das öſterreich. Erbr. S. 149 macht jedoch mit Recht darauf aufmerkſam, daß die Gerichtlichkeit der Erbeserklärung an ſich nicht zum Erwerb des Erbfolgerechts, ſondern nur zum Erwerb des Erbſchaftsbeſitzes erforderlich ſei, indem der Berufene den Nachlaß aus der Hand des Abhandlungsrichters zu empfangen habe und daher dieſem ſeinen Willen, Erbe zu ſein, erklären müſſe.

Vergl. auch Unger, die Verlaſſenſchaftsabhandlung S. 119 Note 5.

So beſtimmt auch das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2251: „Eine Erbſchaft kann durch jede Erklärung angetreten werden . . .“ Dagegen verordnet das privatrechtl. Geſetzb. für den Kant. Zürich § 1990: „Will der Erbe die Erbſchaft ausſchlagen oder hat er wenigſtens Bedenken, dieſelbe zu übernehmen, ſo ſoll er innerhalb 30 Tagen ſeit dem Tode des Erlaſſers bei dem Bezirksgerichte, in deſſen Kreiſe der Erblaſſer gewohnt hat, entweder

Hierdurch erledigt sich von selbst die Streitfrage:

wem gegenüber die Erklärung erfolgen müsse.

Vergl. das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 17. Oktober 1840:

> Darüber, daß der gerufene Erbe seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, den Betheiligten gegenüber erklären müsse, besteht weder eine Vorschrift, noch kann dies nach der Natur der Sache für erforderlich gehalten werden, zumal in vielen Fällen derjenige, welchem eine Erbschaft deferirt worden ist, gar nicht wissen würde, wem gegenüber er den Willen, die Erbschaft anzutreten, aussprechen müsse. Als daher in Folge einer erhobenen Erbschaftsklage von den verklagten Miterben gerügt worden war, daß die Erbschaftsantretung der Kläger nicht den Verklagten gegenüber abgegeben worden sei, verwarf das O.-A.-G. zu Cassel die wider die Zurückweisung dieser Einrede erhobene Beschwerde der Verklagten und ließ zur Ergänzung des Beweises der behaupteten Antretung dem Kläger zu schwören nach: daß die Erklärung, die im Testamente hinterlassene Erbportion haben und annehmen zu wollen, vor gewissen Zeugen von dem Erben abgegeben worden sei.[1])
>
> Seuffert, Archiv III Nr. 75.

Zu bemerken ist nur noch, daß der § 393 aus dem Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 entnommen ist, welches Abth. I § 2 verordnete:

> „Hat Jemand seine Erklärung (über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft) bey einem Judicio incompetenti aus Versehen übergeben, so liegt zwar dem Gerichte ob, ihn damit ad Judicem competentem zu verweisen; es mag aber das Gericht solches gethan haben oder nicht, so bleibt die Erklärung bei ihren Kräften."

---

§ 394. »Außer dem unten § 420 ff. bestimmten Vorbehalte können der Erklärung keine Bedingungen mit rechtlicher Wirkung beigefügt werden.«

---

seine Ausschlagungserklärung eingeben oder die Rechtswohlthat des öffentlichen Inventars begehren . . ." Vergl. auch Code civil art. 784. — Der Hessische Entwurf verlangt zur Annahme der Erbschaft eine Erklärung vor Gericht und zwar in einer die Aechtheit derselben verbürgenden Form.

[1]) Vergl. Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 334:

Die Erklärung über die Ausübung des Erbrechts braucht nicht an die betheiligten Personen gemacht zu werden; wird sie in Frage gestellt, so genügt der Nachweis, daß sie irgendwo abgegeben ist.

(Es handelt sich hier um Ausübung eines Rechts an der Erbschaft; zu

§ 395. «Auch muß die Erklärung über die ganze Erbschaft, und nicht bloß auf einen Theil derselben gerichtet sein.»

§ 396. «Erklärungen, bei welchen gegen diese Vorschriften (§§ 394, 395) gehandelt worden, werden für nicht geschehen geachtet.»

35. Diese Vorschriften stimmen sowohl mit dem römischen Rechte als mit den neueren Gesetzgebungen überein, da sie in der überall gleichen Natur des Erbrechts ihre Grundlage haben. Sie beruhen auf dem Grundsatze: eine Erbschaft kann immer nur so, wie sie angeboten ist, angenommen werden.

Papinian. l. 77 D. de R. J.: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti . . . hereditatis aditio . . . in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem . . .

African. l. 51 § 2 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Sed et si quis ita dixerit: „si solvendo hereditas est, adeo hereditatem," nulla aditio est.

Paul. l. 1 D. eod.: Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.

L. 20 C. de jure delib. (6, 30): . . . Placuit enim nobis, sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, et necessitas imponatur heredi particulari facto, vel aliam aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem.

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 5: „. . . 5to Ist nicht erlaubt, die Erbschaft nur stückweise antreten zu wollen, sondern es muß solche ganz und soweit nämlich dieselbe anfällig geworden, angetreten oder repudiirt werden. Wer demnach einmal einen Theil davon angetreten hat, der wird ebenso geachtet, als hätte er sich auf das Ganze eingelassen . . ."

Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch § 800. „Die Antretung der Erbschaft oder die Erbeserklärung muß zugleich enthalten, ob sie unbedingt, oder mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums geschehe." [1])

---

den dabei interessirten Personen steht der Delat in gar keinem rechtlichen Verhältniß. Durch die Erbittung einer Deliberationsfrist ist ihnen aber die Möglichkeit gegeben, von seiner Willensmeinung Kenntniß zu erhalten.)

[1]) Eine andere Bedingung verträgt auch nach österreichischem Recht die Erbeserklärung nicht.

Unger, System des österreich. Privatr. II. S. 87 Note 116. Ebensowenig kann auch nach österreich. Recht der zur ganzen Erbschaft oder einem

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2254. „Eine Erbschaft kann erst nach deren Anfalle und so, wie sie angefallen ist, angetreten werden.“ [1])

§ 2255. „Die Antretung eines Theiles gilt als Antretung des angefallenen Ganzen.“ [2])

§ 2256. „Hat der Erbe der Antretung Zeitbestimmungen oder Bedingungen beigefügt, so ist die Antretung wirkungslos.“

§ 2258. „... Eine theilweise Ausschlagung ist wirkungslos.[3]) Pflichttheilsberechtigte können mit Vorbehalt ihres Pflichttheils die übrige Erbschaft ausschlagen.“

Code civil art. 774. „Une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire.“ [4])

Mevii Decis. IX. 143: . . . Creditum non sufficere ejusmodi animi expositionem, quae non statim et pure heredem facit, sed aditionem differt et suspendit; qualis est, quae fit sub ea conditione, si quid in bonis supererit. Hereditas adeunda est, uti est, nempe velut successio in universum jus defuncti tam active quam passive: non est hereditas sine onere, quod ab illa divelli seu separari nequit. Praeterea non est aditio, quae fit sub conditione, quandoquidem inter actus legitimos est, qui conditionem non recipiunt.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 15. Novbr. 1852: v. B. hatte hinsichtlich der Antretung der väterlichen Erbschaft dem Gericht die Erklärung abgegeben: Da er entschlossen sei, die Erbschaft seines Vaters nur mit der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten, so bitte er, die Nachlaßgläubiger zu citiren und ein Inventar aufzurichten und wolle sich demnächst erklären, ob er die

---

bestimmten Erbtheil Berufene das ihm Zugedachte nur zum Theil annehmen und zum Theil ausschlagen. Unger, das österreichische Erbrecht S. 55 Note 4.

[1]) Wörtlich übereinstimmend mit dem Großh. Hessischen Entwurf Abth. 3 Art. 233.

[2]) Ulp. l. 10 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse.

[3]) Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Com. B. 43 S. 111: Die theilweise Antretung gilt als Antretung der ganzen Erbschaft. Hieraus folgt mit logischer Nothwendigkeit, daß die theilweise Ausschlagung nichts wirkt, indem darin allemal die Erklärung liegt, man wolle für einen Theil Erbe werden, wodurch dann aber die Erbschaft ganz angetreten ist.

[4]) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Auflage) IV. § 611: Die Erbschaft kann entweder schlechthin oder bedingungsweise, jedoch, was den letzteren Fall betrifft, nur mit der Rechtswohlthat des Inventars angenommen werden — also nicht unter einer andern Bedingung oder ex die vel in diem . . . Eine Erbschaft kann auch nicht bloß theilweise angenommen werden. Wenn daher der Erbe z. B. auch nur in Beziehung auf einen bestimmten Schuldner des Nachlasses die Eigenschaft des Erben angenommen hat, so ist er gleichwohl schlechthin als Erbe zu betrachten. Qualitas heredis est individua.

Erbschaft hinterher ausschlagen wolle. Nach aufgerichtetem Inventar und durch die Edictalladung offen gelegten Passivzustande erklärte der Antragsteller, die Erbschaft hinterher ausschlagen zu wollen.

Es kam zur Frage: ob die erste Erklärung eine Antretung der Erbschaft sub beneficio inventarii enthalte, und ob im Bejahungsfalle ein späterer Rücktritt zulässig gewesen sei. — Die erste Frage wurde bejaht, wie ja auch nur in dieser Auffassung die bestimmt ausgesprochene Absicht des Erben, vom beneficium inventarii Gebrauch machen zu wollen, ausführbar war; die zweite Frage dagegen verneint, weil die spätere Repudiation der Erbschaft die Rechtsverhältnisse, welche durch die einmal erfolgte Antretung der Erbschaft begründet worden, nicht wieder beseitigen könne.

Seuffert, Archiv VIII Nr. 154.

Köppen in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern V (1861) S. 175: So wenig ein Eigenthümer seine Sache ex die oder sub conditione derelinquiren kann, so wenig kann ein Erbe ex die oder sub conditione agnosciren oder repudiiren. Seine Erklärung, von einem bestimmten Tage, oder vom Eintritt einer bestimmten Thatsache an Erbe sein zu wollen, ist identisch mit der, sich zu dieser Zeit über den Antritt entscheiden zu wollen: denn eine formlose einseitige Willenserklärung, die nicht im Moment, wo sie abgegeben wird, Wirksamkeit haben soll, kann, da sie jeden Augenblick einseitig und stillschweigend zurückgenommen werden darf, überhaupt nicht als ein bestimmter Ausdruck des Willens betrachtet werden.[1])

Huschke im Rhein. Museum VI. S. 280, 281: Insofern die Erbschaft dem Verstorbenen zugekehrt ist, ist sie eine Person und folglich untheilbar . . . Die Erbschaft ist theilbar, die Vererbung (welche den Erben in die familia defuncti einführt) untheilbar. Obgleich also Personen die Erbschaft zu Theilen erhalten können, so erfaßt doch jede von ihnen die Vermögensfreiheit des Erblassers ganz . . .; es wird eigentlich jeder Erbe in solidum Vertreter des Erblassers . . . und nur durch das gleichzeitige Vorhandensein mehrerer Erben kann es bewirkt werden, daß nicht auch jeder die ganze hereditas habe. Hieraus erklärt sich, warum, wenn der Erbe antritt, er nicht bis zu einem Theile antreten kann, sondern nothwendig die ganze Erbschaft, soweit sie nicht von einem andern angetreten ist, bekommt.[2])

---

[1]) Vergl. auch Köppen, System des heut. röm. Erbrechts § 8 S. 345 f.

[2]) Vergl. Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts (Leipzig 1861) S. 300: ... Das Vermögen ist das dem Erbthum selbst Aeußerliche und Secundäre, dessen Theilung daher keine Theilung im Erbbegriffe, der Willensidentität, hervorbringt. Denn in diesem darf keine Theilung stattfinden. Der Erbe darf daher nicht das thun, was scheinbar dasselbe wäre wie die vom Testator vorgenommene Theilung, er kann nicht, wenn ihm die ganze Erbschaft übertragen ist, nur für einen Theil antreten. Die Mathematik verliert also hier ihre Geltung, indem, wer das Größere kann, das Kleinere nicht kann. Sie verliert aber ihre Geltung nur deswegen, weil es sich im Erbrecht eben nicht um Gegenständliches, und also nicht um Größenverhältnisse, sondern um rein ideelle Factoren handelt. In der That würde der Erbe, der, zur ganzen Erbschaft berufen,

Fuchs im Archiv für die civil. Praxis B. 39 S. 233, 234: ... Auf jeden Erben geht mit dem Erbschaftsantritte zwar die dem Rechte nach unbegrenzbare Repräsentation des Erblassers, diese jedoch unzertrennlich mit denjenigen Modifikationen über, welche der Testator für die Ausübung des Rechts getroffen hat und treffen konnte . . . Der Erbe ist daher nicht befugt, vor dem Erbschaftsantritte der Ausübung des ihm angetragenen Repräsentationsrechts Schranken zu setzen, weil dies nur dem Erblasser als Träger der Persönlichkeit zusteht. Der Erbe kann weder statt des Erblassers theilen, noch die von diesem getroffenen Theilbestimmungen abändern, also ebensowenig die eine ihm zugewiesene Portion verringern, als von mehreren Portionen eine einzelne ausschlagen; denn aus der Zusammenrechnung aller Portionen ergibt sich die Schranke, welche der Testator dem einen Erben im Verhältniß zu den übrigen setzt und der Ausfall oder die Verringerung einer Portion würde den Umfang dieser Schranke alteriren. — Hat der Erbe angetreten, so nimmt er damit die Persönlichkeit des Testators in sich auf, die dem Rechte nach auf den ganzen Nachlaß sich erstreckt, der Ausübung nach dagegen beschränkt ist; wenn und insoweit der Erblasser dies angeordnet hat, und wenn der Erbe eine dem widersprechende Absicht bei der Antretung gehegt hat, so kommt diese Absicht nicht in Betracht.[1])

36. Es fragt sich:

ob eine theilweise Antretung der Erbschaft auch dann nicht gestattet ist, wenn Jemand von dem Erblasser zu mehreren Portionen als Erbe berufen ist.

Nach römischen Recht ist diese Frage entschieden zu verneinen.

Ulp. l. 2 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Sed et si quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere.

Paul. l. 80 pr. eod.: Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest, in quibusdam habeam substitutum, nec ne.

§ 1. Idem puto, etiam si aliis mixtus heredibus ex pluribus

---

nur einen Theil antreten wollte, etwas ganz anderes thun als der Testator bei der Theilung. Denn während dieser nur das Vermögen, das äußerliche unwesentliche Accidenz des Willens, unter die Erben theilt, jedem derselben seine ganze Willenssubjectivität ausdrückend, würde der Erbe den Willen des Testators spalten, theilen (scindendo, wie Paulus trefflich hervorhebt). Der Willensbegriff aber ist als Geistiges ein Untheilbar-Einiges, in dem es keinen quantitativen Bestand, kein Größer oder Kleiner, mehr oder weniger gibt. Wer den Willen des Testators nicht ganz acceptirt, erweist sich als nicht identisch mit ihm und somit als Nichterbe. Darum darf der Erbe nur die ganze Erbschaft, nicht einen Theil derselben antreten ...

[1]) Vergl. auch v. Löhr ebendas. B. 22 S. 316—318.
Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 341 f.

partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem, omnes acquiro, si tamen delatae sint.

Fuchs, Ueber Erwerbung mehrerer Erbportionen (im Archiv für die civiliſt. Praxis B. 39 S. 234—236): Sind einem Erben mehrere Portionen ausgeſetzt, ſo erwirbt er mit der einen auch die übrigen, und zwar vom Augenblicke deren Delation an, alſo die gleichzeitig mit jener deferirten ſofort, jede der übrigen dann, wenn ſie deferirt iſt. Dieſe Erwerbung der übrigen Erbportionen erfolgt ſelbſt ohne Wiſſen und gegen den Willen des Erben und es bedarf auch dazu nicht noch der beſonderen Antretung dieſer einzelnen Portionen. — Für das Erſtere iſt der Grund der, daß das Repräſentationsrecht mit der vom Teſtator angeordneten Ausübungsweiſe unzertrennlich verbunden erſcheint, für das Letztere, daß eine bereits abgegebene Erklärung, Erbe ſein zu wollen, nicht wiederholt und ein damit an ſich auf den ganzen Nachlaß erworbenes Recht nicht nochmals erworben zu werden braucht.[1])

Nach unſerem Rechte dagegen wird die Frage zu bejahen ſein, da wir das jenen Ausſprüchen der römiſchen Juriſten zum Grunde liegende Prinzip: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest[2]) nicht kennen.

Mit Recht nimmt daher auch nach Oeſterreichiſchem Rechte Unger (das öſterreich. Erbrecht S. 154) an: „der zu mehreren vom Erblaſſer beſtimmten Erbportionen berufene Erbe mag den einen Erbtheil annehmen und den andern ablehnen; ebenſo kann der inſtituirte Erbe, welcher die directe Berufung angenommen hat, immer noch den Erbtheil, zu welchem er als Subſtitut berufen iſt, ausſchlagen," und erklärt dieſe Abweichung vom römiſchen Rechte aus der Nichtannahme des eben gedachten Grundprinzipes.

Ebenſo verordnet das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen:

§ 2262. „Iſt ein Erbe auf einen Erbtheil unbedingt, auf einen anderen Erbtheil unter einer aufſchiebenden Bedingung eingeſetzt, ſo kann er den einen oder den anderen oder beide antreten oder ausſchlagen."

§ 2263. „Wer als Miterbe eingeſetzt und für einen anderen Miterben zum Nacherben ernannt iſt, kann, wenn er die Erbſchaft als Erbe aus-

---

[1]) Vergl. auch Arndts, Lehrb. der Pandekten § 517 und Köppen, Syſtem des heut. röm. Erbrechts S. 342 f.

[2]) Marcian. l. 52 § 1 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Qui ex parte heres institutus est pure, ex parte sub conditione, solus, etiam pendente conditione, si adierit hereditatem, ex asse heres erit: quia solus heres futurus est omnimodo, nisi habeat in conditionalem partem substitutum.

Gaj. l. 53 § 1 eod.: Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit; id est, tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt.

geschlagen hat, dieselbe als Nacherbe antreten. Hat er als Erbe angetreten, so kann er als Nacherbe ausschlagen."[1])

---

§ 397. «Stirbt der Erbe, ehe die Ueberlegungsfrist verlaufen ist, so haben seine Erben, zur Erklärung über den ersten Anfall, eben die Frist, welche ihnen in Ansehung des zweiten zu statten kommt.»

37. Justinian. l. 19 C. de jure delib. (6, 30): . . . sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit: vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, ut ex hac causa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat: praedictum arbitrium in successionem suam transmittat: ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is, qui sciens hereditatem vel ab intestato, vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit: hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat . . .[2])

In Betreff der mit unserem Landrechte übereinstimmenden Vorschriften der neueren Gesetzbücher wird auf die Glossen zu § 370 d. T. verwiesen. —

So verordnet auch der Code civil:

Art. 781. Lorsque celui à qui une succession est échue, est décédé sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir acceptée expressément ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef.[3])

---

[1]) In den Motiven wird zu den entsprechenden §§ 2297, 2298 des Entwurfes gesagt: Diese §§ enthalten Abänderungen des gemeinen Rechts, welche durch den Wegfall der Regel: nemo pro parte testatus etc., wo nicht geboten, so doch unbedenklich waren.

[2]) Ueber diese transmissio Justinianea ist zu vergleichen:

v. Buchholtz, Juriſt. Abhandlungen aus dem Gebiete des heut. röm. Rechts (Königsb. 1833) Nr. II.

M. S. Mayer, die universelle Nachfolge von Todeswegen (Berlin 1840) §§ 113—115.

Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'schen Com. B. 43 S. 143—243.

v. Bangerow, Zur Lehre von den ſ. g. Transmiſſionsfällen.

Erster Beitrag. Von der transmissio Justinianea (im Archiv für die Civil. Praxis B. 24 S. 153 ff.).

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon IX. S. 528—532.

[3]) Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV.

38. Die Beſtimmung des § 397 gilt natürlich auch rückſichtlich der Nachfolger des Erbenerben und ſo fort, ſo lange die Erbſchaft von einem der Vorgänger noch nicht angenommen oder ausgeſchlagen iſt.

Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 52 nota : Si Primus heres, cui delata est hereditas, non adita hereditate infra tempus deliberandi decesserit, et similiter Secundus, in quem transmissum erat jus adeundi, infra illud residuum tempus mortuus fuerit, Tertius heres, cui non est quam hujus ultimi hereditas delata, potest non solum hujus ultimi hereditatem adire, sed etiam primi defuncti jure transmissionis, cum transmissio nihil aliud sit, quam successionis dilatio, h. e., si primus non agnoverit, secundus ex facultate primi eam agnoscere potest. Idem de tertio vel ulteriori sententiendum, modo temporis cursus non obsit, quoniam non solum primus heres defuncti heres et successor intelligitur, sed et reliqui, per longissimam successionem defuncto heredes esse intelliguntur.[1])

39. Die im gemeinen Rechte beſtehende Streitfrage:

> ob die von Juſtinian angeordnete Transmiſſion zur weſentlichen Vorausſetzung habe, daß dem verſtorbenen Erben der Anfall der Erbſchaft bekannt geworden ſei,[2])

erledigt ſich nach unſerem Rechte von ſelbſt durch die Aufnahme des deutſch-rechtlichen Grundſatzes über den Kraft des Geſetzes eintretenden Erbſchaftserwerb. Mit dieſem, ohne mitwirkende Thätigkeit, ja ſelbſt ohne Wiſſen des Erben vor ſich gehenden Erwerbe iſt von ſelbſt das

---

§ 611: Nicht nur der Erbe, ſondern auch der Erbe des Erben kann die Erbſchaft annehmen (oder aufgeben), vorausgeſetzt, was den Erben des Erben betrifft, daß der Erblaſſer nicht ſchon auf die Erbſchaft verzichtet hat.

Ebendaſ. § 614: . . . Wenn der Erbe während des Laufes dieſer Friſten mit Tode abgeht, ſo haben die Erben des Erben noch außerdem dieſelben Friſten wegen des Nachlaſſes ihres Erblaſſers.

[1]) Modestin. l. 194 D. de R. J.: Qui per successionem quamvis longissimam defuncto heredes constiterunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt.

[2]) Dieſe Streitfrage behandelt in ſcharfſinniger Weiſe die Schrift des Dr. Karl Wieding, die Transmiſſion Juſtinian's, insbeſondere das Wiſſen oder Nichtwiſſen des transmittirenden Erben (Leipzig 1859), welcher durch rechtshiſtoriſche Analyſe und hermeneutiſche Kritik zur Verneinung derſelben gelangt. (Vergl. die zuſtimmende Rezenſion Dr. Harder's in Schletter's Jahrbüchern VI. S. 28, 29). Gegen dieſe Anſicht erklärt ſich jedoch mit Entſchiedenheit Brinz, Lehrb. der Pandekten S. 822, 823. Vergl. auch das Erkenntn. des Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 10. Juni 1862 in Seuffert's Archiv XVI Nr. 125.

Recht verknüpft, die zugefallene Erbschaft zu übernehmen oder sich ihrer zu entschlagen. Dieses Recht muß daher als ein bereits erworbenes Vermögensrecht auch auf den Erbeserben übergehen, ohne Rücksicht, ob dessen Erblasser von dem Anfalle Kenntniß erlangt hatte, oder nicht.

40. Es fragt sich:

Ist dem Erbeserben gestattet, von den beiden Erbschaften die eine anzunehmen, die andere aber auszuschlagen?

Man wird hier die verschiedenen Fälle zu unterscheiden haben.

Zuförderst ist der Fall, als nicht hierher gehörig, auszuscheiden:

wenn der Erbe die ihm angefallene Erbschaft bereits angenommen hat.

Denn alsdann ist dieselbe ein untrennbarer Theil seines Vermögens geworden und geht daher als solcher auf den weiteren Erben über, so daß Letzterer entweder die ganze Erbschaft übernehmen oder die ganze Erbschaft ausschlagen muß.[1])

Paul. l. 7 § 2 D. de acq. v. om. her. (29, 2): In omni successione, qui ei heres extitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem.

Ulp. l. 10 § 2 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6): Filio impuberi herede ex asse instituto substitutus quis est. Existit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius: juncta enim hereditas coepit esse.

Trifft aber die Voraussetzung des § 397 zu, so kommt hier ein doppelter Fall in Betracht, von denen jeder einer ganz verschiedenen Beurtheilung unterliegt:

a. Der Erbeserbe will nur die zuerst, also die seinem Erblasser angefallene, nicht aber die ihm unmittelbar selbst deferirte Erbschaft annehmen.

b. Es tritt der umgekehrte Fall ein.

---

[1]) Mühlenbruch, Lehrb. des Pandekten-Rechts III § 706 a. E.: Als Folge des Erbschaftserwerbes ist auch die Uebertragung des gesammten Successionsverhältnisses auf den Erben des Erben anzusehen, weshalb denn eine willkürliche Trennung beider Erbschaften nicht geschehen darf.

Bering, Röm. Erbrecht S. 103: Die familia des Erblassers verschmilzt sich mit der familia des Erben so enge und fest zu einem einzigen Ganzen, daß sie nur mit der ganzen Rechtspersönlichkeit desselben bei seinem Tode wiederum auf einen andern Träger übergehen kann.

Im ersteren Falle erscheint die beabsichtigte theilweise Erbschaftsantretung offenbar unstatthaft. Denn der Erbeserbe hat nur als solcher, also als Erbe desjenigen, dem der erste Anfall geschehen ist, ein Recht auf die Annahme der Erbschaft, zu welcher sein Erblasser berufen war. Entschlägt er sich dieses Erbrechts, so zerbricht er damit die Brücke, die ihn allein zu der gewünschten Erbschaft führen kann.

Vergl. l. 3 C. unde liberi (6, 14): Qui se patris post avum intestatum defuncti negat heredem, mortui avi paterni suscipere facultates non potest . . .

Anders verhält sich die Sache im letzteren Falle. Hier übt der Erbeserbe nur ein Recht aus, das seinem Erblasser zustand. So wie dieser die ihm zugefallene Erbschaft ablehnen konnte, ebenso muß auch der in die Gesammtheit seiner Rechtsverhältnisse eingetretene Erbe dazu berechtigt sein. Dies geht auch aus der Fassung des § 397 klar genug hervor, indem darin von einer dem Erbeserben zustehenden „Erklärung über den ersten Anfall" die Rede ist.

41. Eine weitere Frage ist:

Wie ist es zu halten, wenn mehrere Erbeserben vorhanden sind und dieselben sich über die Annahme oder Ausschlagung der ihrem Erblasser angefallenen Erbschaft nicht einigen können?

Der Code civil enthält hierüber eine ausdrückliche Bestimmung:

Art. 782. „Si ces héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier la succession, elle doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire."

Diese Vorschrift erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Es wird damit Demjenigen ein Erwerb obtrudirt, der ihn nicht haben will, und den er gesetzlich abzulehnen befugt ist. Richtiger möchte es daher sein, die Sache so anzusehen, als wenn die Erbschaft den Erbeserben unmittelbar angefallen wäre. Wenn also Einer von ihnen nicht antreten will, so wird anzunehmen sein, daß sein Antheil an jener Erbschaft den übrigen accrescire.

Von Entsagungen insonderheit.

§ 398. «Die Entsagung einer Erbschaft muß von dem Entsagenden allemal bei Gerichten entweder in Person oder durch eine von ihm eigenhändig unterschriebene Vorstellung erklärt werden.»

§ 399. «Im letzteren Falle muß die Unterschrift gerichtlich, oder durch einen Justizcommissarium beglaubigt sein.»

§ 400. «Ist diese Form zwar verabsäumt; es kann aber nachgewiesen werden, daß die eingekommene Erklärung dem Willen des Entsagenden gemäß sei, so verliert letztere durch die Verabsäumung der Form nichts an ihrer Wirksamkeit.»

42. Diese drei, noch dazu sehr weitläufig gefaßten Paragraphen lassen sich in die einfache Vorschrift zusammenziehen:

„Die Erbschaftsentsagung muß dem Nachlaßgericht mindestens schriftlich erklärt werden.“ [1])

Diese völlig angemessene, auch mit den allgemeinen Grundsätzen über die Nothwendigkeit der Schriftform [2]) im Einklang stehende Bestimmung weicht von dem gemeinen Recht insofern ab, als letzteres die Ausschlagung der Erbschaft an gar keine Form bindet.

§ 7 J. de her. qual. (2, 19): . . . Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur . . .

Paul. l. 95 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis.

Ulp. l. 6 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1): Recusare autem non tantum praesentes, sed etiam absentes, vel per epistolam possunt . . .[3])

---

[1]) Die eigenhändige Unterschrift versteht sich von selbst, da sonst eine schriftliche Erklärung gar nicht vorliegt.

Daß die persönliche Uebergabe dieses Schriftsatzes an den Nachlaßrichter nicht erfordert wird, geht schon aus § 398 klar hervor, indem darin die gehörig abgefaßte schriftliche Erklärung mit der vor Gericht abgegebenen auf gleiche Linie gestellt wird. Unter dem Gerichte ist übrigens nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 392 das Erbschaftsforum zu verstehen.

Bielitz, Komment. II S. 237.

[2]) § 134 Tit. 5 Th. I A. L. R.: „Zu Entsagungen und Verzichtleistungen . . . sind schriftliche Urkunden erforderlich.“

[3]) Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. VII § 3: Qui heres esse non vult, huic liberum est hereditatem repudiare, quam acquirere poterat (l. 18 D. de acq. v. om. her.). Quod veteres etiam dicunt omittere hereditatem (l. 60 eod.), praetermittere (l. 59 eod.), recusare (l. 95 eod.): sed usitatius et frequentius repudiare (l. 13. 15. 17. 18. eod.). Est autem repudiare hereditatem, nolle esse heredem, seu nolle hereditatem

Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Com. B. 43 S. 108, 109: Zur Ausschlagung genügt jede erweisliche Willenserklärung, wodurch die Absicht an den Tag gelegt wird, die Erbschaft nicht haben zu wollen, geschehe sie schriftlich oder mündlich, selbst eine stillschweigende . . . Die Behauptung des Cujacius und Anderer, zur Zeit der classischen Juristen sei zwischen repudiatio und recusatio hereditatis unterschieden worden; jene sei ein in jure vorzunehmender actus solennis gewesen, die recusatio dagegen an keine Form gebunden gewesen, wird durch die Gesetze nicht gerechtfertigt. Jedenfalls besteht im Justinianischen Rechte ein solcher Unterschied nicht.

Diesem Grundsatz folgt auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen, indem die Bestimmung desselben (§ 2251): „Eine Erbschaft kann durch jede Erklärung angetreten werden —" nach § 2258 auch für die Ausschlagung gilt.

Dagegen verordnet der Code civil:

Art. 784. „La renonciation à une succession ne se présume pas; elle ne peut plus être faite qu'au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, sur un registre particulier tenu à cet effet."[1])

und hiermit übereinstimmend das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich:

§ 1990. „Will der Erbe die Erbschaft ausschlagen . . . so soll er in der Regel innerhalb dreißig Tagen seit dem Tode des Erblassers

---

ad se pertinere. Quod cum vis verbi satis indicat, tum intelligitur ex l. 60 D. eod., ubi omittere hereditatem, quod diximus esse repudiare, et nolle hereditatem ad se pertinere, pro eodem usurpantur.

Vergl. Puchta, Vorles. II S. 395: Omittere hereditatem heißt überhaupt, den Erwerb eines Erbrechts unterlassen, den Nichterwerb durch seinen Willen herbeiführen, wohin auch das Verstreichenlassen eines Termins gehört, innerhalb dessen angetreten werden muß, ferner die Nichterfüllung einer Potestativ-Bedingung.

Repudiare dagegen heißt, durch eine positive Erklärung die Erbschaft ausschlagen — es ist der Gegensatz von acquisitio.

[1]) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts (5. Aufl.) IV. § 613: . . . Die Verzichtleistung auf die Erbschaft kann nicht stillschweigend, sondern nur ausdrücklich, und zwar nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Form geschehen. Die Form ist folgende: Der Erbe hat entweder in Person oder durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten in der Kanzlei desjenigen Gerichts der ersten Instanz, in dessen Bezirke die Erbschaft eröffnet worden ist, zu erklären, daß er auf die Erbschaft verzichte. Diese Erklärung ist in ein eigenes Buch, das zu diesem Zwecke zu halten ist, einzutragen. Jedoch ist diese Form nur in Beziehung auf die Erbschaftsgläubiger unbedingt vor-

bei dem Bezirksgerichte, in dessen Kreise der Erblasser gewohnt hat, seine Ausschlagserklärung eingeben." [1])

43. Es fragt sich:

Ist die vor der Eröffnung des Testaments erfolgte Erbschaftsentsagung des Testamentserben gültig?

Diese Frage wird unter der Voraussetzung zu bejahen sein, daß der Erbe das Dasein und den Inhalt des Testamentes kannte. Denn der Erbschaftsanfall hängt von der Testamentseröffnung nicht ab; diese bedingt nur das Recht, die Erbschaft wirklich anzutreten und in Besitz zu nehmen. [2])

Entsagt dagegen Jemand einer Erbschaft, von der er glaubt, daß sie ihm als gesetzlichen Erben zugefallen sei, und findet sich später, daß er in einem gültigen Testamente zum Erben ernannt ist, so steht ihm die Erbschaftsentsagung, als auf einem wesentlichen Irrthum beruhend, [3]) um so weniger entgegen, als er demjenigen Rechte, welches ihm wirklich zukam, seinem testamentarischen Erbrechte, nicht entsagt hat.

Ulp. l. 17 § 1 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Heres institutus idemque legitimus, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem; sed si quasi legitimus repudiaverit, si quidem scit se heredem institutum, credendum est, utrumque repudiasse; si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.

---

geschrieben. Unter den Erben ist auch eine Verzichtleistung gültig, welche mittels eines Vertrages geschieht (Martin tr. des success. und Marcadé ad art. 784. Sirey XXVI. I, 9).

[1]) Auch der Großh. Hessische Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. Art. 349 kennt nur eine ausdrückliche, nicht auch eine stillschweigende Erbschaftsentsagung.

[2]) § 242 Tit. 12 Th. I A. L. R.: „Aus einem gültigen Testamente erwirbt der eingesetzte Erbe das Recht, nach Publication desselben die Erbschaft anzutreten und in Besitz zu nehmen."

[3]) Die Ausschlagung setzt Kenntniß der erfolgten oder bevorstehenden Delation sowie des bestimmten Delationsgrundes voraus. Ohne diese Kenntniß fehlt es wie dem Erwerbswillen so dem Verzichtswillen an der erforderlichen Bestimmtheit: der Repudiant muß wissen, daß und worauf er verzichte.

L. 76 D. de R. J.: In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. L. 23 D. de acq. v. om. her. (29, 2): In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de jure suo is, qui repudiat.

Unger, das österr. Erbrecht § 154 u. Anm. 3.

Paul. l. 70 pr. eod.: In plurium heredum gradibus hoc servandum est, ut, si testamentum proferatur, prius a scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet: etiam si idem sit, ad quem utroque modo pertineat. Nam hoc gradatim consequitur, ut prius ex testamento delatam, deinde legitimam repudiet . . .

Id. l. 91 D. de R. J.: Quotiens duplici jure defertur alicui successio: repudiata novo jure, quod ante defertur, supererit vetus.

Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Comm. B. 43 S. 104—106: Der verzichtende Erbe muß den Delationsgrund kennen, um wirksam verzichten zu können; er darf auch dessen Dasein und Rechtmäßigkeit nicht einmal bezweifeln. Damit steht denn auch in Verbindung, daß der Verzichtende über seine Erbenqualität — ob er necessarius oder voluntarius sei — gewiß sein muß. Wenn der nächste Intestaterbe eingesetzt ist und dies nicht weiß, so schadet ihm natürlich die Ausschlagung nichts, sei sie auch noch so allgemein ausgedrückt; weiß er es und verzichtet auf das testamentarische Erbrecht, so bleibt ihm sein Recht, ab intestato zu succediren, ein ganz allgemein gefaßter Verzicht wird aber in diesem Falle auf beide Delationsgründe bezogen, ja es soll alsdann sogar die Erklärung: man wolle nicht Intestaterbe werden, auch als Verzicht auf das testamentarische Erbrecht behandelt werden. Der Grund hievon ist, daß in einem solchen Falle der Verzicht auf das Intestaterbrecht einen Verzicht auf das testamentarische Erbrecht nothwendig voraussetzt, indem die Intestaterbfolge ja nicht eher eröffnet sein kann, bis das testamentarische Erbrecht weggefallen ist.

44. Eine andere Frage ist:

Kann der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe auch vor Eintritt der Bedingung der Erbschaft gültig entsagen?

Nach römischem Recht ist dieselbe entschieden zu verneinen.

Ulp. l. 13 pr. D. de acq. v. om. her. (29, 2): Is, qui heres institutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset. Ceterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualis qualis fuit conditio, et si in arbitrium collata est.

§ 2. Substitutus quoque similiter si ante repudiat, quam heres institutus decernat de hereditate, nihil valebit repudiatio.

Pompon. l. 45 § 1 D. de legat. 2: Si sub conditione, vel ex die certa, nobis legatum sit, ante conditionem, vel diem certum, repudiare non possumus; nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniet, vel conditio existat.

Mühlenbruch a. a. O. S. 103, 104: Wer auf eine Erbschaft verzichten will, muß auch berechtigt sein, sie anzutreten. Also damit ein Erbverzicht wirksam sei, muß die Erbschaft schon wirklich deferirt sein, mithin auch, wenn der Erbe unter einer Bedingung eingesetzt ist, die Bedingung bereits eingetreten sein. Selbst also eine Potestativbedingung muß erst erfüllt

sein, ehe ein wirksamer Verzicht erfolgen kann, obgleich die Nichterfüllung einer solchen Bedingung binnen der Zeit, wo die Erfüllung wohl erwartet werden durfte, von selbst die Ausschließung von dem Erbrechte zur Folge hat.

Nach den Grundsätzen unseres Rechts ist jedoch die aufgeworfene Frage unbedenklich zu bejahen, da nach diesen nichts entgegensteht, auch auf ein künftiges, noch nicht angefallenes Recht schon im Voraus Verzicht zu leisten.[1])

Dasselbe nimmt Unger auch nach Oesterreichischem Rechte an, indem derselbe (a. a. O. S. 154 und Anm. 2) bemerkt:

> Die Ausschlagung der Erbschaft setzt die bereits erfolgte Delation des Erbrechts nicht nothwendig voraus: der Erbe kann nach dem Tode des Erblassers auch seinem eventuellen und künftigen Erbrecht sofort rechtswirksam entsagen. (So kann der Substitut noch vor dem Instituten, der bedingt eingesetzte Erbe schon vor Eintritt der Bedingung, der nächste Intestaterbe schon während der Deliberation des Testamentserben seinem eventuellen Erbrecht rechtswirksam entsagen . . .)

Anders steht die Sache nach dem bürgerl. Gesetzbuche für das K. Sachsen, indem dasselbe die Vorschrift des § 2254: „Eine Erbschaft kann erst nach deren Anfalle . . . angetreten werden" im § 2258 ausdrücklich auch für die Ausschlagung geltend erklärt.[2])

45. Ist die gegen Entgelt geschehene Ausschlagung einer Erbschaft zum Besten Desjenigen, der bei dem Wegfallen des Entsagenden an seine Stelle tritt, als ein Erbschaftsverkauf zu betrachten?

Daß diese Frage von praktischem Interesse ist, kann keinem Bedenken unterliegen. Dasselbe tritt hervor sowohl im Verhältnisse der übereinkommenden Theile unter einander, als im Verhältnisse zu dritten Personen — zu den Erbschaftsgläubigern und Legatarien, indem in ersterer Hinsicht die Gewährleistungspflicht des Entsagenden,[3]) in letzterer das Recht der Erbschaftsgläubiger und Legatarien sich an den ursprünglichen Erben zu halten,[4]) davon abhängt.

---

[1]) Vergl. A. L. R. I. 11 § 1039. I. 16 §§ 379. 393.

[2]) Vergl. jedoch die damit nicht im Einklang stehende Vorschrift des § 2262. „Ist ein Erbe auf einen Erbtheil unbedingt, auf einen andern Erbtheil unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so kann er den einen oder den andern oder beide antreten oder ausschlagen."

[3]) Vergl. § 484, §§ 487 ff. Tit. 11 Th. I A. L. R.

[4]) Vergl. §§ 462 ff. ebend.

Digitized by Google

Die Frage wird ſich allein danach entſcheiden: quid actum sit. Ging das Uebereinkommen lediglich dahin, daß der zunächſt berufene Erbe gegen Entgelt ſich ſeines Erbrechts entſchlage, um dadurch den Erbanfall an den demnächſt Berufenen herbeizuführen, alſo dem Letzteren den unmittelbaren Erwerb der Erbſchaft möglich zu machen, ſo haben wir es hier nicht mit einer Rechtsübertragung, ſondern allein mit einem einſeitigen Rechtsakte — der Ausſchlagung der Erbſchaft — zu thun.[1]) Daß dieſe Verzichtleiſtung gegen Entgelt geſchah, kann in der rechtlichen Natur derſelben nichts ändern. Sie iſt und bleibt eine einſeitige, dem Erbſchaftsrichter gegenüber abgegebene Erklärung, die bloße Erfüllung eines pactum: do ut facias, welches ſonach nur das (überall gleichgültige) Motiv zu dieſer Erbſchaftsentſagung abgibt.[2]) Hieraus ergibt ſich nun von ſelbſt der Gegenſatz — nämlich der Fall, wo in Wirklichkeit eine Erbſchaftsveräußerung vorliegt.

Dieſer allein richtige Geſichtspunkt iſt von dem Code civil verfehlt worden, indem hier beſtimmt iſt:

Art. 780. „La donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un des cohéritiers soit à un étranger, soit à tous ses cohéritiers, soit à quelques — uns d'eux, emporte de sa part acceptation de la succession.

Il en est de même, 1. de la renonciation, même gratuite, que fait un des héritiers au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers; 2. de la renonciation qu'il fait même au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix de sa renonciation."

---

[1]) Vergl. Paul. l. 28 pr. D. de V. S.: ... Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare: veluti qui hereditatem omittit...

Ulp. l. 24 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Fuit quaestionis, an pro herede gerere videatur, qui pretium hereditatis omittendae causa capit, et obtinuit, hunc pro herede — non gerere, qui ideo accepit, ne heres sit...

Cf. l. 2 D. si quis omissa caus. (29, 4).

Es iſt daher durchaus nicht richtig, wenn Strube, rechtliche Bedenken II Nr. 274 rückſichtlich der zum Beſten eines Andern erfolgten renunciatio hereditatis, unter Berufung auf Consil. Tubing. V. 35 Nr. 41. 42. 43 den allgemeinen Rechtsſatz aufſtellt:

> Quicunque hereditati renunciat, is eo ipso hereditatem adit, eamque cedit et donat alii, cujus gratia renunciat, neque enim alteri hereditatem dare potest, qui eam non habet.

[2]) Vergl. auch das Erkenntniß des Appell.-Ger. zu Arnsberg vom 8. Mai 1852 im Arnsb. N. Archiv XVI S. 118—120.

46. In Ansehung der Frage:

wer die Kosten der Erbschaftsentsagung zu tragen habe,

wird in der Juristischen Zeitung 1836 S. 418 folgender Rechtsfall mitgetheilt:

> Der verstorbene R. hinterließ als nächsten gesetzlichen Erben seinen Vater. Dieser, vom Nachlaß-Curator zur gerichtlichen oder notariellen Erklärung darüber aufgefordert, ob er den Nachlaß seines Sohnes mit oder ohne Rechtswohlthat des Inventars annehme, oder darauf verzichten wolle, erklärte darauf vor seinem persönlichen Richter zum gerichtlichen Protokolle, daß er der Erbschaft entsage. Die Kosten dieser Erklärung verlangte das betreffende Gericht aus der R.'schen Nachlaßmasse, weil die Befragung eines durch das Gesetz zum Erben berufenen Verwandten über den Antritt oder die Entsagung einer Erbschaft als eine zur Ermittelung des eigentlichen Erben nothwendige Maßregel auf Kosten des Nachlasses erfolgen müsse. Die Nachlaßbehörde hielt dagegen den Vater des R. zur Kostentragung verpflichtet. Nach § 421, 428 Th. I A. L. R., wurde bemerkt, werde derjenige, dem der Anfall einer Erbschaft bekannt geworden, Benefizial-Erbe, bez. Erbe ohne Vorbehalt lediglich durch den Ablauf der Fristen. Die Erbschaftsentsagung geschehe daher nur in seinem Interesse, und er könne nicht verlangen, daß der nachfolgende Erbe oder die Erbmasse die nöthigen Kosten bestreite, die er aufwenden müsse, um eine sonst in den Gesetzen begründete Verbindlichkeit von sich abzulehnen. Daß eine solche Ablehnung nur in beglaubigter Form geschehen, mithin derjenige, welchem eine schlechte Erbschaft anheimfalle, davon nicht ohne Kosten wieder loskommen könne, verändere die Lage der Sache nicht, sei vielmehr Folge der allgemeinen Gesetze . . .
>
> Diese Ansicht ist mit Recht durch das Rescript vom 9. Februar 1836 gebilligt worden.

---

§ 401. «Dem in einem rechtsgültigen Testamente ernannten Erben steht es nicht frei, der Erbschaft aus dem Testamente zu entsagen und den Nachlaß als gesetzlicher Erbe in Besitz zu nehmen.»

§ 402. «Ist er aber durch die Verordnung des Erblassers an einem ihm gebührenden Pflichttheile verkürzt worden, so kann er auf dessen Abreichung oder Ergänzung antragen (Th. 2 Tit. 2 Abschn. 5).»

47. Der hier aufgestellte Rechtssatz, der zur Aufrechthaltung testamentarischer Verordnungen eine ähnliche, nur viel durchgreifendere Aus-

hülfe gewähren soll wie das prätorische Edict, betreffend den Fall: si quis omissa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem (Dig. 29, 4),[1]) findet sich auch im Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuche:

§ 808. „Wird jemand zum Erben eingesetzt, dem auch ohne letzte Willenserklärung das Erbrecht ganz oder zum Theil gebührt hätte; so ist er nicht befugt, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen, und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln. Er muß die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten, oder ihr ganz entsagen. Personen aber, denen ein Pflichttheil gebühret, können die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichttheiles ausschlagen."[2])

Mit Recht macht Unger, das österr. Erbrecht § 37 Anm. 6, darauf aufmerksam, daß diese Bestimmung, insbesondere wegen der Vorschriften des österr. Rechts über das testamentum destitutum, nur eine ganz untergeordnete und ziemlich unpraktische Bedeutung habe: etwa für die Fälle, daß dem eingesetzten Erben rein persönliche Auflagen gemacht sind, oder daß eine ihm gehörige Sache vermacht wurde, oder daß ein Anderer zum Miterben unter der Bedingung eingesetzt wurde, daß der Instituirte aus dem Testament Erbe werde, oder daß der Intestaterbe selbst unter einer Bedingung eingesetzt wurde, ohne hierdurch von der eventuell eintretenden Intestaterbfolge ausgeschlossen zu sein.

Diese Bemerkung trifft auch für unser Preußisches Recht zu, da auch letzteres die Folgen der Entsagung sämmtlicher Testamentserben (§ 279 Tit. 12 Th. I) dahin bestimmt:

„Die Intestaterben treten nur an die Stelle der eingesetzten Erben, und müssen, gleich diesen, den Verordnungen des Erblassers in Ansehung der Vermächtnisse und sonst Genüge leisten."

Hierdurch ist dem Testamentserben, der bei dem Wegfallen des Testaments zur Intestaterbfolge berufen wäre, von selbst die rechtliche Möglichkeit zu einer fraudulosen Ausschlagung der ihm durch das Testament angebotenen Erbschaft entzogen, weil er dadurch den Zweck, die ihm lästigen testamentarischen Auflagen zu beseitigen, gar nicht erreichen kann, diese vielmehr kraft des Gesetzes auch auf den Intestaterben übergehen. Es

---

[1]) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. B. 43 S. 449—470.
Arndts, Pandekten § 553.
v. Vangerow, Pandekten II § 539 Anm. 2.

[2]) Die letztere Bestimmung enthält auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2258. „. . . Pflichttheilsberechtigte können mit Vorbehalt ihres Pflichttheiles die übrige Erbschaft ausschlagen."

bedurfte daher gar nicht der Maßregel, ihm die Intestatsucceſſion ſelbſt zu verſperren.

48. Wenn der Teſtamentserbe der Erbſchaft ſchlechthin (alſo ohne ausdrücklichen Vorbehalt), jedoch in der (ſtillſchweigenden) Abſicht entſagt, „den Nachlaß als geſetzlicher Erbe in Beſitz zu nehmen," ſo fragt ſich:

ob dieſe Entſagung ganz unwirkſam iſt, oder ob ſie vielmehr auch den Verluſt des Inteſtaterbrechts zur Folge hat.

Wir werden uns wohl für die letzte Alternative zu entſcheiden haben. Nicht der in der gedachten Abſicht erfolgten *Entſagung* des teſtamentariſchen Erbrechts tritt das Geſetz entgegen, ſondern nur der auf Grund derſelben geſchehenen *Uebernahme* der Erbſchaft von Seiten des Entſagenden als geſetzlichen Erben. Die Entſagung ſelbſt behält daher ihre Wirkung, die damit ſtillſchweigend verbundene Abſicht aber iſt nach dem Geſetze unerreichbar.[1])

---

§ 403. «Die Entſagung einer Erbſchaft begreift die Begebung ſolcher Forderungen, welche den Erben an dem Nachlaß aus einem andern Grunde zukommen, nicht unter ſich.»

§ 404. «Wer alſo einer Erbſchaft entſagt, begiebt ſich dadurch nicht der durch den Erblaſſer auf ihn verfällten Lehne,[2]) Fideicommiſſe oder anderer Vermögensſtücke, welche ihm nach den Verträgen oder Geſetzen, ohne Rückſicht auf die Eigenſchaft eines Erben, zukommen.»

§ 405. «Wer einer durch Teſtament ihm angetragenen Erbſchaft entſagt, verliert dadurch noch nicht ſein durch einen Vertrag erworbenes Erbrecht.»

49. Der Erbe, welcher ſich der Erbſchaft entſchlägt, iſt ganz ſo zu betrachten, als ob er niemals Erbe geweſen wäre. Aber gerade deshalb, *weil er die Erbeseigenſchaft* aufgibt, bleiben ſeine Rechts-

---

[1]) Zweifelhafter iſt die Sache allerdings nach der Faſſung des § 808 des Oeſterr. Geſetzbuches.

[2]) Vergl. Berger, Dissert. jur. sel. Disp. XXXIII § 49 sq.: An filius renuncians hereditati paternae retinere possit feudum.

verhältniſſe, in denen er zu dem Erblaſſer ſtand, ganz unberührt. Er behält alſo alle ſeine Forderungsrechte, ſoweit ſie nach dem Tode des Verpflichteten überhaupt geltend zu machen ſind. Aber noch mehr. Es verbleiben ihm auch — und dies iſt der zweite Geſichtspunkt, der hier in Betracht kommt — ungeachtet der Erbſchaftsentſagung, alle diejenigen Zuwendungen, die ihm der Teſtator ohne Rückſicht auf ſeine Erbeseigenſchaft machte. Der entſagende Erbe geht daher des neben ſeinem Erbtheile ihm ausgeſetzten Prälegates nicht verluſtig, weil der in der Erbſchaftsentſagung allein liegende Verzicht auf die Univerſalnachfolge die Singularſucceſſion nicht ausſchließt.[1])

Ulp. l. 17 § 2 D. de leg. 1: Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc debere ei officio judicis familiae erciscundae, manifestum est. Sed etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat.

Julian. l. 18 eod.: Et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset.

Papinian. l. 87 eod.: Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit. Durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate. Non enim impugnatur judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari.

L. 12 C. de legat. (6, 37): Cum responso viri prudentissimi, Papiniani, quod precibus insertum est, praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaretur: intelligis desiderio tuo juxta juris formam esse consultum. Verba responsi haec sunt: Filiae mater praedium ita legavit: „praecipito, sumito, extra partem hereditatis.“ Cum hereditati matris filia renunciasset, nihilo minus eam recte legatum vindicare visum est.[2])

---

[1]) Vergl. Geſetz-Reviſion Penſum XVI S. 13; desgl. Bornemann, Syſt. Darſt. des Preuß. Civilr. VI S. 297 (2. Ausg.).

[2]) Cujac. Obs. Lib. XIV cap. 29: Certum est heredi omittenti hereditatem integram esse totius praelegati petitionem, nec petenti obstare exceptionem doli mali, quasi petenti contra voluntatem, nisi evidenter appareat noluisse defunctum ad legatum pervenire heredem, qui hereditatem omitteret. Est igitur in arbitrio heredis ex parte scripti, cui et testator praelegavit aliquid, vel legatum vel hereditatem capere vel utrumque, et ita si unciarius heres omittat hereditatem providentia quadam, non affectione sola destituendi testamenti, ne scilicet negotiis hereditariis implicetur, legatum autem agnoscat vel petat totum, non repellitur exceptione doli mali.

Vergl. auch v. Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten (Jena 1850) S. 542 f. 554 f.

Nach röm. Recht iſt hierbei jedoch immer Vorausſetzung, daß das Teſtament nicht deſtitut wird.

Berger, Dissert. jur. select. Disput. XXXIII § 47: . . . Per omissi-

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2403. „Wenn der Erbe, welcher mit einem Vermächtnisse bedacht ist, die Erbschaft ausschlägt, so ist er berechtigt, das Vermächtniß auch zu dem Theile, welcher auf seinem eigenen Erbtheile lastet, zu fordern, oder im Falle von § 2402 mit dem anderen Vermächtnißnehmer zu theilen."

Code civil art. 845. „L'héritier qui renonce à la succession, peut cependant retenir le don entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'a concurrence de la portion disponible."[1])

---

§ 406. «Soweit ein Erbe der Erbschaft gültig entsagt, tritt derjenige, welchen der rechtsbeständige Wille des Erblassers oder in dessen Ermangelung die Gesetze, als den nächsten nach ihm, berufen, an seine Stelle.»

§ 407. «Ist bekannt, wer dieser nächste sey, so muß der Richter denselben von der erfolgten Entsagung benachrichtigen; im entgegengesetzten Falle aber finden die Vorschriften §§ 471 ff. Anwendung.»[2])

§ 408. «Demjenigen, welchem eine Erbschaft erst durch die Entsagung eines Andern zufällt, kommen zu seiner Erklärung: ob er diese Erbschaft annehmen wolle oder nicht, eben die Fristen, wie dem ersten Erben,

---

onem hereditatis simul omittuntur legata, quia testamentum fit destitutum. Corruente itaque testamenti fundamento, scil. heredis institutione, corruunt quoque ejus accessoria l. 2 C. si omissa sit caus. L. 17 D. eod. nec ab aliis, ad quos bona perveniunt, praestanda sunt, si testator a herede scripto illa saltem praestari voluit. Secus si plures sint heredes, tunc enim unus heredum potest repudiare hereditatem, retinere tamen praelegatum ... Anders nach unserem Recht, nach dessen Grundsätzen die an die Stelle der wegfallenden Testamenterben tretenden Intestaterben die Anordnungen des Erblassers in Ansehung der Vermächtnisse, also auch der Prälegate, zu erfüllen haben.

[1]) Auch der Großh. Hessische Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. Abth. 3 Art. 350 geht von dem Grundsatze aus: da kein Verzicht ausdehnend erklärt werden könne, so sei in dem Verzichte auf die Erbschaft nicht auch der Verzicht auf das dem Erben ausgesetzte Vermächtniß enthalten.

[2]) Eine ähnliche Bestimmung enthielt schon das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I § 4:

„Wenn ein Erbe sich binnen geordneter Zeit pro non herede declarirt, so muß dessen Declaration sowohl denenjenigen, welchen in diesem Fall die Erbschaft zufället, als auch denen bekannten Creditoribus des defuncti, zu ihrer Achtung communiciret werden ..."

vom Tage der ihm bekannt gewordenen Entsagung zu statten.» [1])

§ 409. «Obige Vorschriften (§§ 406—408) finden nicht nur bei der ersten, sondern auch bei jeder folgenden Entsagung statt.»

50. In diesen, sehr detaillirten Bestimmungen ist gerade der wichtigste Punkt unentschieden geblieben, nämlich die Frage:

nach welchem Zeitpunkte es sich entscheidet, wer an die Stelle des Entsagenden von den Gesetzen als der Nächstberechtigte zur Erbfolge berufen ist.

Das römische Recht betrachtet den Zeitpunkt des Wegfallens der testamentarischen Erbfolge als den entscheidenden.

§ 6 J. de leg. agn. succ. (3, 2): Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate quaeritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem extiturum: tunc enim proprie quisque intestato decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis saepe accidit, ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

Ulp. l. 39 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

Paul. l. 89 de R. J.: Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur.

L. 8 C. com. de succ. (6, 59): . . . ei qui testamentum reliquit, intestato nemo succedit . . .

---

[1]) So verordnete auch das angeführte Erbschaftsedikt Abth. I § 13:

„Wenn der erste Erbe, es sey ex Testamento oder ab intestato, sich pro non herede declarirt hat, so hat dasjenige, in Ansehung des sodann an seine Stelle kommenden 2ten Erben statt, was wegen des erstern festgesetzet worden; jedoch ist die festgesetzte Zeit zur Erklärung von der Zeit der erhaltenen Nachricht, daß dieser erste Erbe nicht Erbe seyn wolle, an zu rechnen."

Vergl. auch Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 19: „. . . Die Wirkung der Repudiation ist 13tio, daß die Erbschaft nicht auf des Repudianten Erben transmittirt wird, sondern entweder auf den Substituten oder Jure accrescendi auf die Cohaeredes, oder wo weder Substitut noch Cohaeres vorhanden ist, auf des Defuncti Erben ab Intestato fällt, welchen allen jedoch auch das nämliche Recht, die Erbschaft anzutreten oder zu repudiiren, zustehet . . ."

Ulp. l. 2 § 6 D. de suis et leg. her. (38, 16): Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, quum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, quum intestatum decessisse certum est. Secundum quae, etsi suus erat, qui praecedebat, vel consanguineus, si nemo eorum quum repudiatur hereditas vivit, proximum eum accipimus, qui tunc, quum repudiatur hereditas, primus est.

Neuere Gesetzgebungen wollen jedoch die Sache so angesehen wissen, als sei der Entsagende gar nicht vorhanden gewesen.

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2261. „Schlägt ein Erbe die Erbschaft aus, so ist die Erbfolge so zu bestimmen, als wäre er vor dem Erblasser gestorben . . ." [1])

Code civil art. 785. „L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier." [2])

Bluntschli, Erläuter. zum privatr. Gesetzb. für den K. Zürich IV. S. 87 a. E.: Schlägt der Erbe rechtzeitig aus, so ist anzunehmen, er sei nie Erbe geworden.

Hieraus folgt von selbst, daß der Erbanfall an den durch den Entsagenden vorläufig Ausgeschlossenen gar nicht als aufgeschoben, also schon mit dem Tode des Erblassers als eingetreten betrachtet wird. [3])

Dieser Gesichtspunkt erscheint auch nach unserem Rechte als der allein richtige. [4]) Man muß nur festhalten, daß nach Preußischem

---

[1]) Großh. Hessischer Entwurf Abth. 3 Art. 341. „Ein Erbe, welcher der Erbschaft entsagt hat, . . . wird angesehen, als sei er niemals Erbe geworden."

Art. 354. „Die Entsagung des Erben kommt demjenigen zum Vortheile, welcher Erbe oder Alleinerbe geworden wäre, wenn der Entsagende bei dem Tode des Erblassers nicht mehr gelebt hätte."

[2]) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV § 613 S. 85: Die Erbschaft oder der Erbtheil der verzichtenden Erben gehört demjenigen Erben, welchem die Erbschaft gehört haben würde, wenn der Erbe bei Lebzeiten des Erblassers mit Tode abgegangen wäre, mit dem einzigen Unterschiede, daß der Erbe, welcher verzichtet, nicht repräsentirt werden kann. Art. 786, 787.

[3]) So tritt auch nach dem Großh. Hessischen Entw. Art. 354 an die Stelle des entsagenden Erben derjenige ein, welcher Erbe oder Alleinerbe geworden wäre, wenn der Entsagende bei dem Tode des Erblassers nicht mehr gelebt hätte. Ist der nach dem Entsagenden Berufene in der Zeit, die zwischen dem Tode des Erblassers und der Entsagung in der Mitte liegt, gestorben, so rücken seine Erben ein; denn das Gesetz nimmt an, daß ihm die Erbschaft schon in dem Momente des Todes des Erblassers angefallen sei. (Motive S. 201.)

[4]) Vergl. Gesetz-Revision Pensum XVI S. 13, 14, woselbst als allgemeine Regel aufgestellt wird, daß der Erbtheil des Entsagenden an denjenigen fällt, der

Recht die geſetzlich geregelte Erbfolge, gleich der teſtamentariſchen, auf dem Willen des Erblaſſers, nämlich auf dem vom Geſetze vermutheten, wie die teſtamentariſche auf dem ausgeſprochenen Willen beruht.[1])

Für dieſen vermutheten Willen kann aber natürlich kein anderer Zeitpunkt beſtimmend ſein, als der des Todes des Erblaſſers, weil der in dieſem Moment vorhandene Wille als ſein letzter gilt. Eben deshalb können aber auch nur die bei dem Tode des Erblaſſers vorhandenen Verhältniſſe entſcheiden. Es iſt daher immer nur derjenige als zur Erbfolge berufen anzuſehen, der zur Zeit des Todes des Erblaſſers den durch Teſtament ausgeſprochenen oder, falls dieſer nicht zur Geltung gelangt, den vom Geſetze vermutheten Willen desſelben für ſich hat.[2])

---

ihn erhalten haben würde, wenn der Entſagende bei dem Tode des Erblaſſers gar nicht vorhanden geweſen wäre. Desgl. Bornemann, Syſtemat. Darſtellung des Preuß. Civilr. (2. Ausg.) VI S. 160; Koch in Schneider's N. Krit. Jahrbüchern 1851 S. 166 und im Komment. zu § 406 d. T. — Anderer Meinung iſt Karl Witte, das Preuß. Inteſtat-Erbrecht (Leipzig 1838) S. 27, 28, welcher ausführt: Hat der Erblaſſer den Teſtamentserben definitiv und ohne ihm etwa den Inteſtat-Erben zu ſubſtituiren, berufen, ſo hat er ſeine Abſicht, dem Letzteren den Nachlaß eventuell zuzuwenden, durch nichts an den Tag gelegt; von einem bedingten Erbanfall zur Zeit des Todes des Erblaſſers kann alſo nicht die Rede ſeyn; ſondern erſt wenn der Institutus ausſchlägt, beruft das Geſetz den Inteſtat-Erben, und zwar den zu jener Zeit am nächſten ſtehenden.

Iſt der Grund, um deſſentwillen die Erbſchaft dem einen Verwandten deferirt wird, das Ausfallen eines andren Näheren, ſo kann von einer eventuellen Berufung zur Zeit des Todes natürlich noch weit weniger die Rede ſeyn ...

[1]) Feuerbach, Leben und Wirken I S. 156: Jede Inteſtatſucceſſion iſt nichts weiter, als ein Teſtament, welches der Geſetzgeber ſelbſt für den Verſtorbenen macht. Der vermuthliche Wille des Verſtorbenen iſt daher das Prinzip des Geſetzgebers bei Anordnung der Inteſtaterbfolge und dieſer vermuthliche Wille wird beſtimmt durch den vermuthlichen Grad der Zuneigung.

[2]) Aus dieſem Geſichtspunkte erſcheint auch die im Großh.-Heſſiſchen Entwurf Abth. 3 Art. 354 enthaltene Beſtimmung gerechtfertigt:

> „... Doch können die Erben eines von dem Erblaſſer ernannten Erbſtellvertreters, welcher zur Zeit der Entſagung nicht mehr am Leben iſt, aus letzterer keinen Vortheil ziehen."

In den Motiven (S. 201) wird dazu geſagt: Iſt der nach dem Entſagenden Berufene in der Zeit, die zwiſchen dem Tode des Erblaſſers und der Entſagung in der Mitte liegt, geſtorben, ſo rücken ſeine Erben ein, denn das Geſetz nimmt an, daß ihm die Erbſchaft ſchon in dem Momente des

51. Ungeachtet dieſer weſentlichen Abweichung unſeres Rechts von dem römiſchem, würde folgender Fall nach den Grundſätzen beider Rechte gleichmäßig zu entſcheiden ſein.

Der alleinige Inteſtaterbe ſeines Vaters entſagt der Erbſchaft, in der Abſicht, ſeine Kinder, als die zur Erbfolge nach ihm berufenen Enkel des Erblaſſers, an ſeine Stelle treten zu laſſen. Zur Zeit der Entſagung iſt ſeine Frau ſchwanger und wird wenige Monate darauf, jedoch erſt nach dem 302. Tage nach dem Tode des Erblaſſers, entbunden. Das nachgeborene Kind hat auf dieſe Erbſchaft keinen Anſpruch, weil es zur Zeit des Todes des Erblaſſers, als dem Momente des Erbanfalles, noch gar nicht vorhanden geweſen iſt. Dies gilt auch nach römiſchem Recht, indem letzteres einen ſolchen Nachgeborenen gar nicht als Enkel betrachtet.

§ 8 J. de hered. quae ab int. (3, 1): Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit . . .

Julian. l. 6 D. de suis et leg. her. (38, 16): . . . Qui post mortem avi sui concipitur: is ne legitimam hereditatem ejus tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex XII Tab. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.

Id. l. 8 pr. D. cod.: Item Practor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. Nam in consuetudine nepotes, cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt: non proprie, sed per abusionem, vel potius ἀναφορικῶς, id est, per relationem accidit.

Paul. l. 10 D. de ventr. in poss. (37, 9): Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus jam erit, potest agnoscere bonorum possessionem . . .

---

§ 410. «Sobald aber die Entſagung von einem Erben nicht ausdrücklich zu Gunſten des auf ihn folgenden ge-

---

Todes des Erblaſſers angefallen ſei. Hiervon gibt es nur eine Ausnahme, welche der zweite Satz des Artikels bezeichnet. Sie gründet ſich auf den präſumtiven Willen des Erblaſſers, welcher nur die von ihm berufene Perſon zu begünſtigen beabſichtigte. Seine Anordnung muß daher als verfallen angeſehen werden, wenn der ernannte Erbſtellvertreter zu der Zeit, wann der Erbe entſagt, nicht mehr am Leben iſt.

ſchieht, ſind die Gläubiger des Erblaſſers, nach näherer Beſtimmung der Concursordnung, auf Eröffnung des Concurſes über den Nachlaß zu dringen, berechtigt.»

52. Dieſe an ſich ganz überflüſſige Beſtimmung hat, wie das Reſcript vom 15. Februar 1834 (v. Kamptz, Jahrb. B. 43 S. 97) ganz richtig bemerkt, „keinen anderen Sinn, als daß in dem Falle, wenn die Entſagung eines Erben ausdrücklich zum Beſten des auf ihn folgenden geſchieht, anzunehmen iſt, daß der Erbe nicht aus Beſorgniß der Unzulänglichkeit, ſondern aus Liebe zum Nächſtfolgenden, und um dieſem einen Vortheil zuzuwenden, entſagt habe.“ [1])

Vergl. Konkurs-Ordn. vom 8. Mai 1855 § 323.

„In den nachſtehenden Fällen iſt die Unzulänglichkeit des Vermögens oder des Nachlaſſes des Gemeinſchuldners als erwieſen anzunehmen: . . .

3. wenn der Erbe des Gemeinſchuldners die Erbſchaft ausſchlägt, ohne ausdrücklich zu erklären, daß ſolches zu Gunſten des nächſten auf ihn folgenden Erben geſchieht . . .“

---

§ 411. «Eine gültig geſchehene Erbſchaftsentſagung kann unter keinerlei Vorwande widerrufen werden.»

53. L. 4 C. de rep. v. abst. her. (6, 31): . . . major viginti quinque annis, antequam adeat, delatam repudians successionem, post quaerere non potest . . .

L. 7 C. de dol. mal. (2, 21): Si major viginti quinque annis hereditatem fratris tui repudiasti: nulla tibi facultas ejus adeundae relinquitur . . .

Ulp. l. 1 § 6 D. de succ. edict. (38, 9): Qui semel noluit bonorum possessionem petere, perdidit jus ejus, etsi tempora largiantur; ubi enim noluit, jam coepit ad alios pertinere bonorum possessio, aut fiscum invitare.

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2260. „Die Antretung oder Ausſchlagung der Erbſchaft kann nicht widerrufen werden.“ [2])

---

[1]) Dieſer Anſicht iſt auch Bornemann, Syſtemat. Darſtellung des Preuß. Civilr. VI S. 298.

[2]) Großherz. Heſſiſcher Entwurf Abth. 3 Art. 353. „Der Volljährige, welcher

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. VII § 10: Repudiationis effectus hic est, non solum ut ne sit heres, qui repudiavit, ut de tacente diximus; sed etiam tempestive et supra scriptis conditionibus repudians, repudiatione hereditatem amittat, hereditatem, id est, spem hereditatis obtinendae. Neque enim proprie videtur rem amittere, cujus propria non fuit, sed quia spes certa fuit, et ea, quae tribueret heredi hereditatem, si vellet; ideo, hac spe amissa, ipsa hereditas amitti videtur. Id hanc significationem habet, ut delatam repudians successionem, ne in posterum quidem eam quaerere possit, si velit.

Mühlenbruch im Archiv für die civ. Praxis II. S. 389: Einem versäumten Erbschaftserwerbe wird die Verzichtleistung auf eine Erbschaft gleichgestellt, indem diese ebenfalls unter dem Gesichtspunkte eines unterlassenen Erwerbes steht; man darf sich also auf seine Nichtkenntniß der rechtlichen Wirkungen eines Erbverzichts nicht berufen, um diese wieder rückgängig zu machen.[1])

Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 332 f.: . . . Wer repudiirt, verzichtet auf die Erbschaft, indem er, wie der Antretende, von seinem Erbrecht durch die Wahl, zu der es ermächtigt, Gebrauch macht. Es ziehen deshalb Repudiation und Antritt auch dieselben Wirkungen für das Erbrecht nach sich; dieser führt wie jene den Untergang desselben herbei. Wer einmal repudiirt hat, kann demnach nicht mehr antreten, und wer angetreten hat, nicht mehr repudiiren; denn ein Recht, dessen Ausübung nur in einer Wahl besteht, wird nothwendig durch einmalige Ausübung verzehrt . . .

Eine nothwendige Folge der vorstehend entwickelten Grundsätze ist, daß ein Erbe, der nach rechtsgültig erfolgter Erbschaftsentsagung sich gleichwohl pro herede gerirt, den Nachlaßgläubigern nicht als Erbe, sondern nur als ein solcher, der „ohne Richter und Recht in die Verwaltung einer fremden Erbschaft sich eindrängt“[2]) verhaftet ist. Denn durch die Erbschaftsentsagung ist sein ganzes Verhältniß als Erbe, und nicht etwa bloß das ihm daraus zustehende Recht (also die vortheilhafte Seite jenes Verhältnisses) unwiderruflich aufgehoben. Er steht der Erbschaft jetzt als Dritter gegenüber und kann daher nur

---

einer Erbschaft entsagt hat, kann die Entsagung nur widerrufen, wenn er zu ihr durch Zwang bestimmt, oder durch Betrug verleitet worden war.“

[1]) L. 2 C. de jur. et fact. ignor. (1, 18): Cum ignorantia juris facile excusari non possis, si major annis viginti quinque hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras.

[2]) § 457 d. T. „Wer ohne Richter und Recht in die Verwaltung einer fremden Erbschaft sich eindrängt, muß sowohl dem Erben, als den Gläubigern, für allen auch durch das geringste Versehen entstandenen Schaden haften.“

mit der hereditatis petitio auf Reſtitution oder Erſatz belangt werden.[1])

Es wird in dieſer Hinſicht auf die Gloſſen zu §§ 457 f. verwieſen.

---

§ 412. «Dagegen kann auch der Erbe, welcher die Erbſchaft einmal angenommen, oder ſich innerhalb der geſetzmäßigen Friſt gar nicht erklärt hat, derſelben zum Nachtheile eines Dritten nicht mehr entſagen.»

54. § 5 de her. qual. (2, 19): . . . Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis, sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis . . .

Ulp. l. 1 § 7 D. de succ. edict. (38, 9): . . . quia quod acquisitum est, repudiari non potest.

L. 4 C. de rep. v. abst. her. (6, 31): Sicut major viginti quinque annis, antequam adeat, delatam repudians successionem, post quaerere non potest, ita quaesitam renunciando nihil agit, sed jus quod habuit, retinet . . .

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 806. „Der Erbe kann ſeine gerichtliche Erbserklärung nicht mehr widerrufen . . ."

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2260. „Die Antretung oder Ausſchlagung der Erbſchaft kann nicht widerrufen werden."

Privatr. Geſetzbuch für den Kanton Zürich § 1988. „Jeder Erbe iſt berechtigt, die Erbſchaft auszuſchlagen, inſofern er dieſelbe noch nicht wirklich übernommen hat, und die für die Ausſchlagung angeſetzten Friſten innehält."

Code civil art. 783. „Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession, que dans le cas où cette acceptation aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui: il ne peut jamais réclamer sous prétexte de lésion, excepté seulement dans le cas où la succession se trouverait absorbée, ou

---

[1]) Hiermit ſtimmt auch die Vorſchrift des Erbſchaftsedikts vom 30. April 1765 Abth. I § 4 überein: „Wenn ein Erbe, der ſich binnen geordneter Zeit pro non herede declarirt, . . . zur Zeit des Abſterbens in dem Beſitz der Erbſchaft geweſen iſt, oder nachher den Beſitz derſelben ganz oder zum Theil ergriffen hat, ſo iſt er den nachfolgenden Erben oder Creditoribus defuncti nicht nur die Erbſchaft, mediante inventario vel jurata Specificatione auszuantworten, ſondern auch von Zeit des erhaltenen Beſitzes, Adminiſtrations-Rechnung abzulegen ſchuldig, und im Verweigerungs-Fall ſind dieſelbe zum Juramento in litem wider ihn zu laſſen."

diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnue au moment de l'acceptation." [1])

Codex Fabrian. Lib. VI tit. XI def. 7: Major annis viginti quinque, si hereditatem sibi delatam pure et simpliciter adierit, petere non potest . . . ut ad hereditatem repudiandam admittatur, ne quidem per in integrum restitutionem, quantumvis damnosa sit hereditas, quia solvendo esse intelligitur hoc ipso, quod invenit heredem. Et vero vix est, ut citra creditorum et legatariorum injuriam id fieri posset . . . Ita Senatus Sabaudiae Decembr. 1589.

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. X § 2: . . . ipsa acquisitione heres hereditatis in posterum repudiandae potestatem, quam prius habuit, amittit . . . Primum, quia non potest repudiatione amitti hereditas nisi quae delata est. Semel autem quaesita hereditas delata esse desinit: si quidem semel quaesitam amplius acquirere non licet: ea autem solum dicitur delata, quam possumus adeundo consequi. Deinde, quae altera et certior etiam ratio est, quia heres, hereditate quaesita, coepit obligatus esse creditoribus hereditariis . . . Semel autem obligatus suo se facto ea obligatione liberare non potest, invito creditore, nisi solutione. Quare nec poterit heres his se oneribus exsolvere hereditatis repudiatione . . .

55. „innerhalb der gesetzmäßigen Frist."

Dem A ist eine Erbschaft angefallen. B gibt Namens seiner in der bestimmten Frist die Entsagungserklärung ab, ohne dazu mit gehöriger Vollmacht versehen zu sein. Nach Ablauf der Frist genehmigt A diese Erklärung. Ist dieselbe für gültig zu erachten?

Man wird diese Frage verneinen müssen nach dem allgemeinen Grundsatze:

> „Ist der Zeitraum, innerhalb dessen eine Willenserklärung erfolgen muß, um überhaupt wirksam zu sein, bestimmt, so kann die der Genehmigung bedürfende nicht wirksam werden, wenn nicht auch diese selbst, die Ratihabition, innerhalb jener Zeit erfolgt." [2])
>
> Böcking, Institutionen I S. 479.

Die Ratihabition kann immer nur wirken, wenn der Ratihabirende noch in der rechtlichen Lage ist, das Geschäft, um dessen Genehmigung es sich handelt, vornehmen zu können.

---

[1]) Eine gleiche Bestimmung hat der Großh. Hessische Entwurf Abth. 3 Art. 351 aufgenommen.

[2]) Vergl. African. l. 24 D. ratam rem. hab. (46, 8): Bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportet eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit. Itaque post centesimum diem rata haberi non potest.

56. Bei dem Appellationsgericht zu Hamm war eine Meinungsverschiedenheit zwischen einem Kreisgericht und seiner Kommission in Betreff der Frage zur Sprache gekommen:

> ob in dem Falle, wenn nach den Grundsätzen des cleve-märkischen Güterrechts nach dem Tode einer Ehefrau zur Vermögensauseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehemanne und den hinterlassenen minderjährigen Kindern geschritten wird, der den Letzteren bestellte Kurator die mütterliche Erbschaft seiner Kuranden wegen nachgewiesener Ueberschuldung auszuschlagen berechtigt ist, auch wenn der Vater die sechswöchentliche Ueberlegungsfrist hat verstreichen lassen.

Bei der Wichtigkeit dieser Prinzipienfrage fand sich das Appellationsgericht veranlaßt, von sämmtlichen Kreisgerichten seines Departements über die in dieser Hinsicht befolgte Praxis Bericht zu erfordern. Die überwiegende Mehrzahl der Gerichte entschied sich nach der bei ihnen herrschenden, völlig gleichförmigen Praxis für die Bejahung der Frage und auch diejenigen, bei denen Fälle solcher Art bisher nicht vorgekommen waren, fanden es unbedenklich, dem Kurator jene Befugniß einzuräumen. Es wurde dabei besonders hervorgehoben:

> daß im Falle einer Ueberschuldung des Ehevermögens eine Collision zwischen dem Interesse des Vaters und dem der Kinder obwalte, indem Ersterer, dem für seine Person kein Mittel zusteht, sich von den Schulden loszusagen, seinen Vortheil darin finden werde, sich im Besitze des Vermögens zu erhalten.

Das Appellationsgericht hat auch in seinem, die einzelne Beschwerdesache betreffenden Bescheide vom 13. April 1853 diese Collision der Interessen in der That als eine zureichende Begründung der herrschenden Praxis anerkannt, indem eben dadurch der Fall gegeben sei, wo die väterliche Vorsorge den Kindern nicht zu Statten komme und wo daher der vom Staate ihnen bestellte Kurator die Stelle des Vaters und Vormundes vertrete.[1]) Gleichwohl hat dasselbe bei der nicht zu verkennenden Zweifelhaftigkeit der Sache sämmtlichen Gerichten seines Departements anempfohlen, in allen Fällen dafür Sorge zu tragen, daß nach dem Tode einer mit Hinterlassung minderjähriger Kinder verstorbenen Ehefrau das Nachlaßinventar längstens binnen sechs Monaten nach dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist von dem überlebenden Ehemanne eingereicht werde.

---

[1]) Vergl. §§ 2, 28, 953 Tit. 18 Th. II des Allgem. Landrechts.

57. „zum Nachtheile eines Dritten."

Dieser Beisatz ist völlig müßig. Eine nicht den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Erbschaftsentsagung — und dazu gehört die nicht rechtzeitig abgegebene — ist absolut ungültig und nicht etwa bloß demjenigen gegenüber unwirksam, der dadurch einen Nachtheil erleidet. Es kann daher von einer Anfechtung dieser Erklärung Seitens eines Dritten und sonach von einer besonderen Legitimation zu dieser Anfechtung keine Rede sein.[1]) Der Entsagende ist und bleibt in dem vorausgesetzten Falle Erbe, es mag sich um die Vortheile oder um die Nachtheile dieser Stellung handeln.

Wer einmal Erbe geworden ist und sich der ihm angefallenen Erbschaft in der vorgeschriebenen Weise nicht wieder entschlagen hat, befindet sich in einem Rechtsverhältniß, das niemals bloß relative Geltung hat. Er ist daher jedem Dritten gegenüber als Erbe zu behandeln. Hiermit beseitigt von selbst die Frage: wer unter dem im § 412 erwähnten „Dritten" zu verstehen sei.[2])

Von Antretung der Erbschaft ohne Vorbehalt.

§ 413. «Die Antretung einer Erbschaft kann mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars geschehen.»

58. § 6 J. de her. qual. (2, 19): Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium praestitit: et Constitutionem tam aequissimam, quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, et in tantum teneri, quam valere bona hereditatis contingit . . .

[1]) Vergl. das Präjudiz des O.-Trib. vom 2. Juli 1847 Nr. 1894, welches den Satz ausspricht: „Die Vorschrift des § 412 Tit. 9 Th. I A. L. R. muthet dem Dritten nicht den Beweis eines ihn durch die verspätete Erbesentsagung treffenden materiellen Schadens zu; vielmehr darf der Erbe einem Dritten gegenüber sich auf eine solche Entsagung überhaupt nicht berufen." (Entscheid. B. 16 S. 125 f.)

Vergl. auch das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 27. Juni 1863 (Striethorst, Archiv B. 50 S. 160 f.).

[2]) Diese Frage behandelt ein Präjudiz unseres O.-Trib. vom 28. Juni 1845 Nr. 1583 (Präj.-Samml. S. 32). Vergl. auch das Just.-Min.-Rescr. vom 18. December 1841 (Just.-Min.-Bl. S. 375).

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 805. „Wer seine Rechte selbst verwalten kann, dem steht frey, die Erbschaft unbedingt, oder mit Vorbehalt der obigen Rechtswohlthat, anzutreten . . .“

Privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich § 1999. „Jeder Erbe ist berechtigt, zur rechten Zeit die Rechtswohlthat des öffentlichen Inventars bei dem Gerichte in Anspruch zu nehmen . . .“

Code civil art. 774. Une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous benefice d'inventaire.“

59. Es fragt sich:

Ist die Verordnung gültig, wonach der Erblasser dem eingesetzten Erben zur Bedingung macht, die Erbschaft ohne Vorbehalt anzutreten?

Die gemeinrechtlichen Juristen sind hierüber nicht einig,[1]) entscheiden sich jedoch meist für die Bejahung der Frage.

Codex Fabrianus Lib. VI tit. XI def. 43: Testator etsi potest prohibere confectionem inventarii pupillaris (l. ult. C. arbitr. tutel.), beneficium tamen, quod Justinianus dedit heredibus, ut ex inventario hereditatem adire possint, non magis prohibere potest, quam facere, ne leges locum habeant in suo testamento (l. 55 de legat. 1).[2]) Heredi tamen substitutum dare non vulgarem, sed fideicommissarium potest sub ea conditione, si inventarium conficere volet, perinde ac sub illa, si navis ex Asia veniet: an et heredi suo eam conditionem adscribere, si inventarium non fecerit? Quid ni vero? perinde ac illam, si in Capitolium non ascenderit. Igitur Muciana cautio utilis erit, stipulatione ab eo interponenda, cui in

[1]) Leyser, Medit ad. P. spec. 364 m. 1—3 behandelt nur die hiervon ganz verschiedene, an sich auch nicht zweifelhafte Frage: ob und in wie fern der Testator seinem Erben die Errichtung eines Inventars erlassen kann. S. auch die folgende Note und Hellfeld, jurispr. for. § 1471.

[2]) Intellige quominus possit heres etiam invito testatore beneficium legis et inventarii implorare. Nam beneficium legis nemini est auferendum. Alia quaestio est, an inventarii confectio possit remitti heredi? Quam tractat Clar. quaest. 66, ubi concludit, posse remitti in praejudicium legatariorum et fideicommissariorum, sed non creditorum . . . addit Clar. interpretes habere haec pro synonimis: remitti confectionem inventarii et prohiberi, sed male, nam remittere alicui confectionem inventarii nihil aliud est quam facere illi potestatem non describendi inventarii, si nolit. Prohibere autem est impedire ne possit hoc facere, etiam si maxime velit. Itaque prohibere heredi confectionem inventarii nihil aliud est, quam eum onerare, ut invitus cogatur satisfacere in solidum creditoribus omnibus et legatariis. Quod a testatore juberi posse plerique putant, et consequenter inventarium prohibere eodem prorsus jure, quo potest testator legare etiam rem heredis . . .

defectum conditionis acquiri hereditas possit, sive ex eodem testamento, sive ab intestato. Ita Senatus Sebaudiae Febr. 1596.

Cum tamen ex postfacto quaestio postea incidisset herede instituto sub hac conditione non faciendi inventarii et pluribus substitutis etiam eadem conditione praescripta, ut in l. 27 ad L. Falc., Senatus convocatis classibus, pronunciavit valere prohibitionem, non tam quasi verior ex juris ratione esset haec sententia, quam quia temporibus nostris convenientior, in quibus passim videmus captari hoc beneficium inventarii in fraudem legis et creditorum, nec cum minore fere ignominia defuncti, quam si nullo herede existente bona ipsius sub hasta venderentur. Ita Senatus Febr. 1621.

Voet, com. ad P. XXVIII. 8 Nr. 15: ... Si quaeras, an non testator diserte possit prohibere cum effectu, ne heres cum inventarii beneficio hereditatem adeat, dicendum existimo ratam hactenus haberi oportere voluntatem illam, ut, instituto aliter quam cum inventario adire nolente, substituto locus esse incipiat, etiamsi ille non sit de cognatione testatoris, vel etiam heredibus ab intestato illis in locis, in quibus remotior cognatus defuncti simplicem offerendo hereditatis aditionem depellere non potest institutum, aut proximiorem legitimum, non nisi cum inventario adire cupientem; cum eatenus ista prohibitio creditoribus non damnosa, sed lucrosa magis sit, et heredem in solidum aeri alieno obnoxium reddat; atque insuper secundum mores nostros ipsius defuncti famae consulatur, ne injuria ac ignominia quali memoria ejus afficiatur.

Mühlenbruch, Fortsf. des Glück'schen Comment. B. 41 S. 434 f.: Erläßt der Testirer dem Erben die Errichtung eines Inventars, so müssen Diejenigen sich dies gefallen lassen, welchen derselbe ohne Rechtsverbindlichkeit etwas zugewendet hat, wogegen Gläubiger, falls ihnen keine vollständige Befriedigung geboten wird, und pflichttheilsberechtigte Notherben nichts destoweniger verlangen können, von der Beschaffenheit der Erbschaft durch ein gehörig beglaubigtes Inventar in Kenntniß gesetzt zu werden. Auch kann in einem solchem Falle der Erbe durch Errichtung eines Inventars sich das Recht eines Benefizialerben verschaffen. Wie aber, wenn er dem Erben ein Inventar zu errichten verbietet? Der Erbe selbst ist an ein solches Verbot, zu welchem der Testirer durch gute Gründe bestimmt seyn kann, allerdings gebunden und ihm bleibt daher nur der vor Justinians Constitution (L. ult. C. h. t.) gebräuchliche Weg übrig, sich mit dem Bestande der Erbschaft bekannt zu machen und darnach seinen Entschluß zu bestimmen, ob es gerathener sei, die Erbschaft abzulehnen oder pure anzutreten.

Neuere Gesetzgebungen dagegen sprechen die Ungültigkeit eines solchen Verbotes aus.

So bestimmt insbesondere das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch ausdrücklich:

§ 803. „Der Erblasser kann dem Erben den Vorbehalt dieser rechtlichen Wohlthat nicht benehmen, noch die Errichtung eines Inventariums verbiethen ..."

Das Gleiche wird auch nach Französischem Rechte angenommen.[1])

Die Preußische Jurisprudenz scheint sich mit der aufgeworfenen Frage noch nicht befaßt zu haben.[2]) Für die Bejahung derselben läßt sich nun allerdings geltend machen, daß nach § 63 Tit. 12 Th. I nur diejenigen in einer letztwilligen Verordnung einem Erben oder Legatar auferlegten Bedingungen für nicht beigefügt angesehen werden sollen, welche nach den Gesetzen einer Willenserklärung überhaupt als gültige Bedingung nicht beigefügt werden dürfen, hierzu aber nach den in Bezug genommenen §§ 6 ff. Tit. 4 nur solche gehören, welche den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreiten oder die persönliche Freiheit beeinträchtigen — Merkmale, die hier um so weniger anzutreffen sind, als sich durchaus unverwerfliche Beweggründe denken lassen, welche den Testator zur Auferlegung einer solchen Bedingung veranlaßt haben: es kann ihm daran gelegen sein, den Zustand seines Nachlasses nicht offenkundig werden zu lassen, oder auch nur den Schein einer Ueberschuldung abzuwenden.

Auf der anderen Seite ist jedoch in Betracht zu ziehen, daß wir es hier mit einer Rechtswohlthat zu thun haben, welche kraft des Gesetzes einem jeden Erben ohne Unterschied zusteht und daher schon mit der Erbeseigenschaft selbst nothwendig gegeben ist, so daß es nur auf deren gehörige Wahrung ankommt. Diese durch das Gesetz für den Fall der Beobachtung der vorgeschriebenen Erfordernisse angeordnete Beschränkung der Haftpflicht des Erben für die Nachlaßschulden bis auf den Bestand der überkommenen Erbschaft beruht auf einer vom Gesetzgeber anerkannten aequitas, die überall ihre Geltung finden muß, und der daher der Einzelwille nicht entgegentreten darf. Wer sich einen Erben ernennt, muß es geschehen lassen, daß derselbe sein Erbrecht in der vom Gesetz ihm gestatteten Weise ausübe — sei

---

[1]) Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Auflage) IV § 612 S. 79: Der Erbe hat die Rechtswohlthat des Inventars auch dann, wenn er darauf bei Lebzeiten des Erblassers verzichtet, oder wenn der Erblasser dem Erben von dieser Rechtswohlthat Gebrauch zu machen, untersagt hätte. (Maleville ad art. 774. Chabot ad art. 774 Nr. 15. Bressolles, Revue de legislat. XVII p. 48.)

Vergl. dagegen Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 214.

[2]) Bielitz, Commentar des Preuß. Landrechts II S. 253 behandelt nur den Fall, wenn der Erblasser die Errichtung eines Inventars in seinem letzten Willen ausdrücklich verboten hat und erklärt dieses Verbot nach § 399 Tit. 18 Th. II für unwirksam.

es durch Ausschlagung der Erbschaft, sei es durch Uebernahme derselben mit dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventars. Der Wille des Gesetzes, welches dem Erben diese Rechte zuweist, steht in soweit über dem Willen des Erblassers.

Diese allgemeinen Erwägungen finden aber noch eine gewichtige Stütze in einer positiven Bestimmung unseres Landrechts selbst.

Es ist nämlich im 12. Titel in dem Abschnitte von Erbverträgen vorgeschrieben:

§ 643. „Ist in dem Vertrage selbst der Befugniß, die Erbschaft auszuschlagen, ausdrücklich entsagt worden, so hat es zwar dabei sein Bewenden."

§ 644. „Doch kann auch ein solcher Vertragserbe zum Antritte der Erbschaft nur unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii verpflichtet werden."

Denn wenn sogar im Wege des Vertrages eine Verpflichtung zur Uebernahme der Erbschaft ohne Vorbehalt nicht herbeigeführt werden kann, so kann unmöglich der einseitigen Bestimmung des Erblassers eine größere Wirkung beigelegt werden.

---

§ 414. «Die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, muß eine deutliche und bestimmte Entsagung dieser Rechtswohlthat enthalten.»

§ 415. «Es muß dabei die §§ 398, 399 vorgeschriebene Form beobachtet werden.»

60. „Die Gültigkeit einer Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, ist durch die in den §§ 398, 399 d. T. vorgeschriebene Form bedingt. Die Bestimmung des § 400 ist auf die Erbschaftsantretung ohne Vorbehalt nicht anwendbar."

Diesen, der deutlichen Fassung des § 415 durchaus entsprechenden Rechtssatz hat das Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 27. April 1852 (Präjudiz 2379)[1]) angenommen und damit die früher in einem Revisions-Erkenntnisse vom 30. Oktober 1840 ausgeführte Ansicht aufgegeben:

---

[1]) Striethorst, Archiv für Rechtsfälle B. 5 S. 201—203.

die für die unbedingte Erbschaftsantretung vorgeschriebene Form sei kein Erforderniß zur Gültigkeit, sondern diene nur zur Beglaubigung.[1])

Es ist somit die Ansicht wieder zur Geltung gelangt, welche in dem durch das gedachte Revisions-Urtheil abgeänderten Erkenntniß des Ober-Landes-Gerichts zu Breslau vom 8. November 1838 in folgender Weise ausgeführt war:

> Der § 415 Tit. 9 Th. I A. L. R. verweist in Betreff der Form einer unbedingten Erbeserklärung auf die §§ 398 und 399, wo ausgesprochen ist,
>
> daß die Erklärung einer Entsagung — vor Gericht persönlich, oder in einer gerichtlichen oder durch einen Justizkommissarius beglaubigten Vorstellung abgegeben werden muß.
>
> Der § 400 bestimmt nun zwar:
>
> „Ist diese Form zwar verabsäumt, es kann aber nachgewiesen werden, daß die eingekommene Erklärung dem Willen des Entsagenden gemäß sei, so verliert letztere durch Verabsäumung der Form nichts in ihrer Wirksamkeit."
>
> Auf dieses Gesetz § 400 ist jedoch in dem § 415 nicht mitverwiesen und schon die einfache Worterklärung des § 415 gestattet daher nicht, diese für Erbschaftsentsagungen gegebene Vorschrift auf den unbedingten Antritt einer Erbschaft zu beziehen. Ebensowenig gestattet eine nähere Betrachtung beider Rechtsgeschäfte eine analoge Anwendung des für die Entsagung im § 400 Verordneten auf die unbedingte Antretung einer Erbschaft, denn eine Entsagung einer Erbschaft ist nichts als eine Entsagung auf Rechte, und diese ist im Allgemeinen an keine bestimmte Form gebunden: §§ 381, 387, Tit. 16, I A. L. R.; eine unbedingte Antretung einer Erbschaft hingegen enthält eine Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, und solche Uebernahme erfordert stets eine bestimmte Form der Erklärung: §§ 203, 400 Tit. 14 a. a. O. Allerdings kann die unbedingte Verhaftung eines Erben auch die Folge bloßer Unterlassungen sein, allein in diesen Fällen: § 427 Tit. 9 a. a. O. und §§ 57, 59 Tit. 51 der P.-O., erscheint sie als eine Strafe der Versäumniß oder doch als die Vertretung eines Versehens in Beziehung auf den wirklichen oder durch die Verdunkelung des Nachlasses möglichen Nachtheil, der den Erbschaftsgläubigern aus diesem Versehen entsteht, und diese Fälle, wo Jemand ex delicto für fremden Schaden haftet, heben die Regel nicht auf, daß die Gültigkeit einer Willenserklärung, für fremde Schulden haften zu wollen, an eine bestimmte Form gebunden ist. Daß bei der Erbschaftsantretung eine strengere Form als bei der sonstigen Uebernahme fremder Schulden vorgeschrieben ist, kann nicht befremden,

[1]) Koch, Schles. Archiv V. S. 335 f.

da es beim Erbschaftsantritt auf mehr ankommt, als auf die Uebernahme einer einzelnen Schuld. Aus diesen Gründen kann der Ansicht des ersten Richters, daß die Justizräthin J. durch die Erklärung des Assistenzrathes St. unbedingte Erbin ihres Vaters geworden sei, nicht beigepflichtet werden. Wenn hiernach feststeht, daß die Justizräthin J. sich im Betreff der Erbschaft ihres Vaters nicht auf rechtsgültige Art als Erbin ohne Vorbehalt erklärt hat, auch nicht bewiesen ist, daß dieselbe der Rechtswohlthat des Inventariums durch Versäumung der zur Einreichung desselben gesetzlich vorgeschriebenen Frist verlustig gegangen, sonstige Gründe aber, einen Erben für einen unbedingten zu achten, dem Gesetze unbekannt sind, so unterliegt es keinem Bedenken, daß die Justizräthin J. als Benefizialerbin angesehen werden muß.

Koch, Schlesisches Archiv V. S. 335 f.

---

§ 416. «Der Erbe, welcher dergleichen Erklärung während der gesetzlichen Ueberlegungsfrist abgegeben hat, kann sie nur bis zum Ablaufe dieser Frist, jedoch nur gerichtlich, zurücknehmen.»

§ 417. «Hat er aber über die Substanz des Nachlasses verfügt, so findet kein Widerruf der einmal abgegebenen Erklärung mehr Statt.»

61. § 5 J. de her. qual. (2, 19): Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis: sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit: postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis. Nam hujus aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, Praetor succurrit . . .

Codex Fabrian. Lib. VI tit. XI def. 7: Major annis viginti quinque, si hereditatem sibi delatam pure et simpliciter adierit, petere non potest, ut liceat sibi legis et inventarii beneficium implorare, non magis, quam ut ad hereditatem repudiandam admittatur, ne quidem per in integrum restitutionem, quantumvis damnosa sit hereditas, quia solvendo esse intelligitur hoc ipso, quod invenit heredem . . . Ita Senatus Sabaudiae Decembr. 1589.

Eod. def. 27: . . . Interdum evenit, ut adversus puram hereditatis aditionem restitui quis possit ex justa causa ad beneficium legis et inventarii implorandum. Minus enim est beneficium legis implorare, quam hereditatem omnino repudiare, cum is, qui ex legis et inventarii beneficio heres est, perinde revera heres sit et maneat, ac si pure heres esset . . .

Eod. def. 18: Ei, qui res hereditarias prius attigit, quam inventarium conficeret, si post lapsa tempora imploret beneficium inventarii, deneganda omnino est in integrum restitutio. Nam et denegaretur, etiamsi tempora largirentur post tractatas pro arbitrio et dilapidatas res hereditarias ... Ita Senatus Sabaudiae Nov. 1592.

Mevii Decis. V. 145: ... Similiter non sinitur juvari, cum heres res hereditarias attigit, administravit, circa illas tanquam proprias disposuit, multo minus cum diminuit vel alienavit.

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 806. „Der Erbe kann ſeine gerichtliche Erbeserklärung nicht mehr widerrufen, noch auch die unbedingte abändern, und ſich die Rechtswohlthat des Inventariums vorbehalten."

62. In den §§ 416, 417 wird demjenigen, der eine Erbſchaft ohne Vorbehalt angenommen hat, unter beſtimmten Vorausſetzungen kraft des Geſetzes eine Art in integrum restitutio ertheilt, die aber nicht in einem jus abstinendi, ſondern nur in der Zulaſſung zu der aufgegebenen Rechtswohlthat des Inventars beſteht.[1])

Der Form nach gehört dazu nur die von dem Erben vor dem Erbſchaftsrichter abzugebende entſprechende Erklärung. Der Richter hat dieſe Erklärung nur entgegenzunehmen, ſich alſo auf eine Prüfung der materiellen Erforderniſſe eines ſolchen Widerrufes gar nicht einzulaſſen. Denn nicht der Richter iſt es, welcher die Reſtitution ertheilt, ſondern das Geſetz. Hiernach kann die Frage, ob der Erbe dieſer geſetzlichen Befugniß durch die über die Subſtanz des Nachlaſſes von ihm getroffenen Verfügungen verluſtig gegangen ſei, immer erſt dann zur Sprache kommen, wenn dem Erbeu von den betheiligten Perſonen — Erbſchaftsgläubigern oder Legatarien — die Eigenſchaft als Vorbehaltserbe ſtreitig gemacht wird. In dieſem Falle handelt es ſich zunächſt um die Beweislaſt in Betreff der Einmiſchung oder Nichteinmiſchung in den Nachlaß. Es wird jedoch unbedenklich derjenigen Anſicht der Vorzug zu geben ſein, welche den Beweis der Immixtion den Gegnern zuweiſt. — Dieſe Anſicht iſt auch im gemeinem Rechte in Beziehung auf den abſtinirenden suus heres zu entſchiedener Geltung gelangt.

Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Comment. B. 42 S. 392 f.: ... Es fragt ſich: wenn der suus heres von ſeinem jus abstinendi Gebrauch machen will, muß er alsdann beweiſen, es ſei noch res integra, d. h. er habe ſich nicht eingemiſcht, oder haben die Gläubiger gegen ihn etwaige Einmiſchungshandlungen darzuthun? Die gemeine Meinung hat ſich

[1]) Bornemann, Syſtemat. Darſtell. des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.) VI. S. 300, 301.

von jeher dafür erklärt, daß den Gläubigern die Beweislaſt obliege . . .[1]) Die factiſche Vorausſetzung, worauf das jus abstinendi beruht, iſt eben keine andere, als die, wodurch der Erbſchaftserwerb ipso jure begründet wird, nämlich die Eigenſchaft eines suus heres. Daß das Recht zu abſtiniren auf einem jus singulare beruht, iſt gleichgültig, ſobald feſtſteht, daß der, welcher ſich losſagen will, zu den Perſonen gehört, denen dies beneficium juris zuſteht. Nunmehr liegt es dem ob, der behauptet, daß dem Gebrauch dieſer Rechtswohlthat ein beſonderes Hinderniß entgegenſteht, das Daſein eines ſolchen nachzuweiſen, — alſo daß der suus durch Handlungen oder Worte ſich für die Beibehaltung der Erbſchaft erklärt, oder das Recht zu abſtiniren durch Amotion oder ſonſtiges heimliches Aneignen väterlicher Erbſchaftsſachen verwirkt habe. Liegen nun Handlungen vor, welche als Einmiſchungshandlungen betrachtet werden dürfen, ſo iſt es jetzt an dem suus, die Wirkung derſelben durch (indirecten) Gegenbeweis zu entkräften, oder darzuthun, daß die Abſicht dabei nicht zu Grunde gelegen habe, ſich Rechte an der Erbſchaft beizulegen, oder ſich mit Verbindlichkeiten zu belaſten. Alſo, die Klage der Gläubiger iſt allerdings begründet, aber auch die Exception des Beklagten iſt es dadurch, daß er erklärt: er mache von der prätoriſchen Rechtswohlthat Gebrauch, indem er die Erbſchaft aufgebe. Dieſe Exception kann nur dadurch entkräftet werden, daß die Gläubiger ſich replicando auf eine erfolgte Einmiſchung oder ſonſtige Handlungen des Beklagten berufen, wodurch die Abſtention verwirkt erſcheint, wonächſt alsdann es ihm obliegt, die Folgerichtigkeit der replicando vorgeſchützten Handlungen durch Gegenbeweis zu entkräften.[2])

Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 10. Juni 1856: Dem Beklagten ſtand in ſeiner Eigenſchaft als suus heres das Recht zu abſtiniren zu, ſofern eine Immixtion nicht ſtattgefunden hatte. Von dieſem Rechte hat er Gebrauch gemacht und der Kläger hat replicando eine Einmiſchung des Beklagten in dieſe Erbſchaft nicht behauptet, geſchweige denn beſtimmte Erklärungen oder Handlungen deſſelben, welche den Vorwurf einer Immixtion begründen könnten, angeführt, was um ſo nöthiger geweſen wäre, weil nach der richtigen Meinung nicht dem abſtinirenden suus der Beweis der ſchon vor der Klageanſtellung geſchehenen Abſtention, ſondern dem klagenden Gläubiger oder Legatar die Nachweiſung der Immixtion und des dadurch bewirkten Verluſtes des beneficium abstinendi obliegt.

Matthiä, Controverſenlexicon II. S. 39.

---

§ 418. «Wer eine Erbſchaft ohne Vorbehalt angenommen hat, muß für alle daran zu machenden Forderungen haften.»

---

[1]) Boehmer, Elect. jur. civ. P. I Exerc. IV § 24—26.
Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abſchn. VI § 28.

[2]) Vergl. Bering, Röm. Erbrecht S. 480, 481. v. Vangerow, Pand. II § 497.

§ 419. «Er kann ſich mit dem Einwande, daß die Schulden das Aktiv-Vermögen der Erbſchaft überſteigen, gegen dieſe Vertretung niemals ſchützen.»

63. Ulp. l. 8 pr. D. de acq. v. om. her. (29, 2): . . . hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est.

L. 22 § 1 C. de jnre delib. (6, 30): Cum igitur hereditas ad qnendam, sive ex testamento, sive ab intestato sit dclata, sive ex asse, sive ex parte: si quidem recta via adire malnerit hereditatem, et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscnerit, ut non postea eam repndiet: nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit: ntpote hereditate ei ex sua voluntate infixa . . .

§ 12. Sin vero . . . invcntarinm . . . non feccrint, et heredes esse omnimodo intelligantur et debitis hereditariis in solidum teneantur . . .

§ 14. . . . clectionem ei damus, vel nostram constitutionem eligere, et beneficium ejus sentire: vel si eam aspernandam existimaverit . . . ejus effectum habere . . . et non secundum modum patrimonii, sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari . . .

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. XI § 6: In aes alienum defuncti quibus ex causis snccceditur ita succedit heres, nt nihil intersit, ntrum hereditas solvendo sit, an non sit. Obligat nos hereditas aeri alieno, etsi non sit solvendo. Neque hoc iniqunm videatur, teneri heredem ultra quam acceperit. Esset iniquum, si in res tantum succederet: nunc autem succedit in jus et locum defuncti, ut partibus quoqne ejus fungi debeat. Deniqne nt hereditas sustinuit personam defuncti priusquam adiretur: sic, hac quaesita, necesse est, eundem locum et personam heres snbeat. Unde et heres eadem persona esse dicitur cum defuncto.[1])

---

[1]) Vergl. auch Vinuii com. in § 5 J. 2, 19 Nr. 1: Heres suscepta hereditate in jus et locum defnncti succedit, eumque in omnibus, qnae personae non cohaerent, repraesentat. Hoc autem cum dicimus, intelligimus, heredem succedere non tantum in jus, quod defunctus habuit adversus alios, verum etiam in id jus, quo defnnctus aliis teuebatur: in summa, heredem tam onerum et incommodorum snccessorem esse qnam commodorum hereditariorum, ac proinde obligari enm etiam aeri alieno defuncti, coque nomine a creditoribus hereditariis convcniri posse, conventum iis respondere, eorumqne actiones, quae ex contractibus defnncti descendunt, suscipere cogi, etiamsi hereditas solvendo non sit.

Muelleri addit. ad Strnv. synt. jur. civ. Exerc. XXXIII th. 52 not. α: Cum heres cum defuncto pro una eademque persona in jure reputetnr, facta aditione vel immixtione in res hereditarias, onera defuncti in se derivet, necesse est, ut hoc ipso creditoribus hereditariis obstringatur in solidum,

Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter (Zürich 1858) Nr. 199: „Wer einen Heller erbt, muß einen Thaler bezahlen."

Jus Culmense ex ultima revisione (Danzig 1767) Buch III Tit. 10 Cap. 2: Stirbt einer — sein Erbnehmer, der sich des Erbes unterwindet, muß alle beweisliche Schuld bezahlen, sofern er die erbliche Succession ohne ein Inventarium annimmt . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 801. „Die unbedingte Erbeserklärung hat zur Folge, daß der Erbe allen Gläubigern des Erblassers für ihre Forderungen, und allen Legataren für ihre Vermächtnisse haften muß, wenn gleich die Verlassenschaft nicht hinreicht." [1])

Privatrechtl. Gesetzbuch für den Kant. Zürich § 2015. „In der Regel haftet jeder Erbe für die Erbschaftsschulden persönlich ohne Rücksicht darauf, ob und welchen Ersatz er in der Erbschaft empfangen habe." [2])

Code civil art. 724. „Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession."

Art. 873. „Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout . . ." [3])

---

etiam ultra hereditatis vires, et adeundo hereditatem dicatur quasi contrahere, ac proinde se ad implendum omnia obligare, ad quae defunctus tenebatur. Hinc est, quod omnis hereditas, quae heredem invenit, solvendo esse dicatur.

Ein ganz verfehlter Gesichtspunkt ist es, wenn die ältere Doctrin davon ausgeht: heredem inventarium non conficientem bona defuncti subtraxisse praesumi et ob id (also gleichsam zur Strafe) teneri creditoribus et legatariis ultra vires hereditarias — woraus die Folgerung gezogen wird: heres non conficiens inventarium, non tenetur creditoribus et legatariis ultra vires hereditarias, quando illi confessi essent, tot tantummodo bona esse in hereditate, quae quoad creditores et legata non sufficerent. Vergl. Mascardi de Probationibus Vol. II conclus. 852.

[1]) Großh. Hessischer Entw. Abth. 3 Art. 249. „. . . Der Erbe, welcher die Erbschaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Vermögensverzeichnisses angenommen hat, ist für die Bezahlung der Schulden auch mit seinem eigenen Vermögen verhaftet."

[2]) Bluntschli, Erläuter. IV S. 107 bemerkt dazu: Es ist das eine Folge des im § 2011 anerkannten Grundsatzes („Die Erben treten in der Regel in allen vermögensrechtlichen Beziehungen an die Stelle des Erblassers") und schon seit Langem in unser Recht aufgenommen.

[3]) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts (5. Aufl.) IV. § 617: Der Erbe haftet kraft des Gesetzes für alle Schulden und Lasten der Erbschaft, also sowohl für die in Geld oder in Geldeswerth bestehenden Verbindlichkeiten, welche dem Erblasser zur Zeit seines Todes oblagen, als auch für die Zahlungen, welche durch den Uebergang der Erbschaft auf die Erben verursacht oder veranlaßt worden. (Also, die Schulden des Nachlasses sind

Auch nach unſerem Landrechte[1]) müſſen wir die unbedingte Haftung des Erben für die Schulden und Laſten des Nachlaſſes als die Regel anerkennen, alſo als ein in der Natur des Erbrechts beruhendes Verhältniß, das nur vermöge einer beſonderen, von dem Erben, unter Beachtung der vorgeſchriebenen Bedingungen, anzurufenden Rechtswohlthat geändert[2]) und dadurch in ein der natürlichen Billigkeit mehr entſprechendes verwandelt werden kann.[3])

Schulden des Erblaſſers, die Laſten des Nachlaſſes ſind Schulden, welche, obwohl nicht Schulden des Erblaſſers, dennoch auf dem Nachlaſſe haften, debita, quae heres acceptando hereditatem contrahit. Zu den letzteren gehören z. B. die Koſten für die Verſiegelung und Inventariſation des Nachlaſſes, die Erbſchaftsſteuer, die Leichenkoſten, ebenſo die Vermächtniſſe. In Beziehung auf die Haftungspflicht der Erben iſt zwiſchen beiden kein Unterſchied.) Er haftet für ſämmtliche Schulden des Erblaſſers, ohne daß die Verſchiedenheit der Rechtstitel, auf welchen ſie beruhen, einen Unterſchied in dieſer Beziehung machte . . . Der Erbe haftet für die Schulden und Laſten des Nachlaſſes (alſo auch für die Vermächtniſſe) nicht bloß mit dem Nachlaſſe und bis zu dem Betrage deſſelben, ſondern auch für ſeine Perſon und mit ſeinem eigenen Vermögen.

[1]) Ebenſo nach Oeſterreichiſchem Recht. Vergl. Unger, das öſterreich. Erbrecht § 42 Anm. 2: Mit Unrecht behauptet Zeiller II. S. 838, daß die Gläubiger des Erblaſſers „an ſich nur ein Recht haben aus der Verlaſſenſchaft befriedigt zu werden“: ſie haben vielmehr umgekehrt „an ſich“ das Recht, aus dem geſammten Vermögen des Erben als ihres nunmehrigen perſönlichen Schuldners befriedigt zu werden und dieſer kann ſich nur durch das eigenthümliche und anomale beneficium inventarii von der unbeſchränkten Haftung befreien.

[2]) Wenn Laſſalle, das Weſen des Röm. und German. Erbrechts S. 580 Note 2, unter Hinweiſung auf § 420 d. T. ſagt:

„Daß die aus dem Erbſchaftserwerbe entſpringenden Verpflichtungen den Erwerb ſelbſt nie überſteigen, der Erbe alſo nicht ultra vires hereditatis verhaftet ſein kann, iſt in der germaniſchen Erbanſchauung ſo nothwendig, daß trotz aller Aufnahme von römiſchen Rechtsideen das Allg. Landrecht das Princip aufſtellt, wer durch pro herede gestio eine Erbſchaft antritt, ſolle vermuthet werden, dieſelbe nur unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten. Zur Beſeitigung dieſer Rechtswohlthat iſt eine deutliche und beſtimmte Entſagung auf dieſelbe — alſo ein beſonderer Wille — erforderlich. Man ſieht, wie ſich hier die Vermuthung in das directe Gegentheil ihrer Stellung im R. R. umkehrt und man ſieht jetzt auch, warum ſie ſich umkehrt. Was dort Ausnahme iſt, wird hier Regel, was dort Regel, hier Ausnahme, und zwar aus keinem anderen Grunde, als weil den germaniſchen Völkern das Erbrecht von vornherein und principiell nichts anderes als Vermögensrecht iſt, während es im R. R., und zwar auch erſt in ſeiner letzten Juſtinia-

Einem anderen Prinzipe folgt das ältere deutsche Recht,[1]) das sich zum Theil noch bis in neueste Zeit erhalten hat.

Bluntschli, deutsches Privatr. II S. 451, 452: In der Erbfolge wird allgemein die Regel anerkannt, daß in und mit der Verlassenschaft auch die Schulden des Erblassers auf die Erben übergehen. Aber noch stehen sich in Deutschland zwei Ansichten über die Frage der Ausdehnung dieser Haftung gegenüber. In der gemeinrechtlichen Theorie und in weiten Kreisen der Anwendung ist der römische Grundsatz zur Autorität gelangt, daß der Erbe als persönlicher Stellvertreter des Erblassers und Fortsetzer seiner Persönlichkeit auch über den Betrag der Erbschaft hinaus, also mit seinem eigenen Vermögen hafte. Aber daneben hat sich auch in manchen Gegenden die deutsche Meinung erhalten, daß die Haftung des Erben lediglich auf der Uebernahme der Erbschaft beruhe, und daher sich nicht über diese hinaus erstrecke. Die letztere Vorstellung ist unserem Rechtsgefühl verständlicher und dem Zwecke des neueren Erbrechts doch wohl gemäßer. An praktischer Bedeutung hat

---

nischen Gestalt nur durch besonderen Vorbehalt zu einem bloßen Vermögenserwerbe gemacht werden konnte."

so ist dabei die Vorschrift des § 427 ganz übersehen, wonach derjenige, der das Inventarium in der bestimmten Frist nicht eingereicht hat, für einen Erben ohne Vorbehalt geachtet werden soll.

[2]) Die Naturrechtslehrer halten den Erben schon als solchen für die Nachlaßschulden nur bis zum Belaufe der Erbschaft verpflichtet.

Daries, inst. jurispr. nat. (edict. 3. Jen. 1748) § 495 Cor. III: Heres in jura atque obligationes defuncti succedit, quatenus est heres. Sed heres est, quatenus fit hereditatis dominus. In foro itaque naturali successio illa ultra vires hereditatis non extendenda est. — Rigor ergo juris romani, quo heres in omnes defuncti obligationes succedit, est juris positivi, cujus fundamentum est fictio, qua heres cum defuncto pro una persona habetur.

Christ. de Wolff, inst. juris nat. et gent. (Hal. 1750) § 919. Cum per se pateat, neminem pro alio solvere teneri, nec ipse defunctus, si esset in vivis, plus solvere posset, quam in bonis ejusdem est, naturaliter heres ultra vires hereditatis non tenetur, si aes alienum massam superet, nec alio animo eandem suscipere intelligitur, quam ut ultra vires ejus non teneatur. Quam ob rem ut de viribus hereditatis constare possit, si hereditas aeri alieno obnoxia fuerit, inventarium conficiendum.

Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. (editio 5. Hal. 1785) § 722: Ad communes effectus (dominii universalis hereditatis) referri debet: heredem repraesentare defunctum, etiam quoad eas obligationes, quae patrimonium defuncti concernunt, sicque personalissimae obligationes non sunt; quatenus vires hereditatis sufficiunt ad expletionem obligationum, quae defuncti patrimonium concernunt. Heredem itaque facta defuncti, quae huc pertinent, praestare debere, juris naturalis quidem est: ast tamen, quoad debita, quae in dando consistunt, ultra vires hereditatis non tenetur.

[1]) Vergl. Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts I. S. 171 f.

indeſſen der Gegenſatz der Meinungen viel verloren, ſeitdem das römiſche Recht ſelbſt durch Einführung der Rechtswohlthat des Inventars dem Erben die Möglichkeit verſchafft hat, ſeine Haftung auf das Maß der Erbſchaft zu beſchränken.

So verordnet auch, unter Feſthaltung des gedachten Prinzips, das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen:

§ 2328. „Der Erbe haftet für die Erbſchaftsſchulden, ſoweit die Erbſchaft, einſchließlich der davon gezogenen Früchte und Zinſen und Deſſen, was der Erbe der Erbſchaft ſelbſt ſchuldet, reicht.“ [1])

64. Ueber das Verhältniß des Benefizialerben deſſen, der eine Erbſchaft ohne Vorbehalt angenommen hat, zu den Gläubigern der erſten Erbſchaft ſprechen ſich aus:

Mevius, Decis. V 144: Cum quis hereditatem sine inventario adiisset, mortuus heredem habuit, qui inventarium se fecisse obtendit. Hic quidem qua successionem suam hujus beneficii gaudebit, nec ultra vires hereditatis creditoribus tenebitur. At minime id eo extendi potest, ut etiam qua hereditatem primam beneficia ista allegari possit, ideo nec separare bona, quae ad primum heredem per successionem venerunt, et quae ex aliis titulis singularibus ejus fuerunt. Tenetur ea sine discrimine cedere creditoribus, nec quidquam sub illo obtentu, qui fundamento caret, retinere potest, quod fuerit dos materna vel sibi alinnde donatum. Quomodo, adita hereditate, heres succedit in omne jus, commodum et incommodum defuncti, et cum inventarium non fecit, etiam ultra vires hereditarias ex quasi contractu, itaque de suis solvere obnoxius fit: ita etiam heres heredis, qui quoad ista, quae ad ipsum ab hoc deveniunt, me-

---

[1]) Schilter, Exerc. ad P. exerc. 38 § 151: At moribus Saxonicis tantum abest, ut impetrari necesse sit (inventarii beneficium), ut etiam non confecto inventario adiens non teneatur ultra vires hereditatis: neque enim Germanicae jurisprudentiae videtur obligari velle neque debere adiens, nisi qua talis, et in quantum ad ipsum per additionem a defuncto pervenit. Imo si textum juris Saxonici vetustum inspicimus, videtur heres aes alienum duntaxat ex rebus mobilibus, et ad earum quantitatem solvere obligatus, ita enim legitur lib. 1 a. VI in M. S. Ambrasiano et meo: „Wer aber ſo das Erb nimmt, der ſoll durch Recht die Schuld gelten, als fern, als das Erb gewähret an der fahrenden Hab,“ et ita quoque textus impressus idiomatis Sax. inferioris. At textus Latinus et vulgaris Germanicus non restrictive ad mobilia legit sed copulative: „qui hereditatem percepit debita solvit, quatenus defuncti hereditas una cum omnibus bonis mobilibus vel sese moventibus durare noscitur.“ Eoque jure utimur.

Vergl. Stobbe in Bekker's und Muther's Jahrbuch für gem. Recht V (1862) S. 293 ff.

lioris conditionis esse nequit. Tantum inventarium, quod fecerit, proficiet, ut cedendo hereditaria a suo auctore profecta, nihil ejus nomine retento liberetur, qua sua indemnis sit.

Brunnemann, com. in P. ad l. 9 de jure delib. nr. 18 sq.: . . . Si tamen heres primus non facto inventario decesserit, non juvatur heres secundus beneficio inventarii, sed omnia bona, quae heres primus reliquit, sive ex primi defuncti hereditate acceperit, sive non, sed aliunde, debet creditoribus cedere, sua tantum bona secundus heres salvabit, si de primi heredis bonis relictis inventarium intra legitima tempora faciat.

Wenn A, welcher ohne Vorbehalt Erbe des B geworden, stirbt und sein eigener Erbe C nur mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars die Erbschaft antritt, so haftet Letzterer für die von dem A durch den unbedingten Erbschaftsantritt übernommenen Schulden und Lasten ganz ebenso wie für die von dem A selbst gemachten Schulden oder angeordneten Vermächtnisse — nämlich bis zum ganzen Betrage des von A hinterlassenen Aktiv-Vermögens. Die Rechtswohlthat des Inventars hat daher immer nur die Wirkung, das eigene Vermögen des C jener Haftung zu entziehen, nicht aber kann sie irgend eine Veränderung in dem Rechtsverhältnisse hervorbringen, in welches A durch die unbedingte Erbschaftsübernahme zu den Gläubigern seines Erblassers, des B, getreten war. Es kann deshalb von einer nachträglichen Absonderung des B'schen Nachlasses von dem eigenen Vermögen des A, so wie von einer Verweisung der B'schen Erbschaftsgläubiger auf jenen Nachlaß keine Rede sein.

65. In Ansehung des Rechtsverhältnisses der Legatarien zu dem Erben, der eine überschuldete oder mit Vermächtnissen überschwerte Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten hat, ist auf die Abhandlung in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preußischen Rechts" II S. 52 ff. Bezug zu nehmen.

---

§ 420. «Wer solche Verfügungen über die Erbschaft trifft, woraus die Absicht, dieselbe nicht bloß einstweilen verwalten, sondern sich ihrer als wirklicher Erbe anmaßen zu wollen, klar erhellet, der wird demjenigen, welcher eine Erbschaft unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii ausdrücklich angenommen hat, gleichgeachtet.»

§ 421. «Eben das gilt von demjenigen, welcher die gesetzmäßigen Fristen, ohne sich zu erklären, verstreichen läßt.»

66. § 7 J. de her. qual. (2, 19): Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo locandove, et quoquo modo si voluntatem suam declaret, vel re, vel verbis de adeunda hereditate: dummodo sciat eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse. Pro herede enim gerere, est pro domino gerere: veteres enim heredes pro dominis appellabant . . .

Ulp. l. 20 pr. D. de acq. v. om. her. (29, 2): Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Julianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere non tam esse facti quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit heres esse . . .[1])

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 7: „Die Erbschaft kann 1mo nicht nur ausdrücklich mit Worten,

---

[1]) Vergl. Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. VIII.

Mevii Decis. IV. 173 (Argumenta aditae hereditatis referuntur).

Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 335 f.: Die pro herede gestio fordert eine Handlung des Delaten, die ihn als Erben erscheinen läßt, und aus der man deshalb seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, folgern muß. Ob eine solche concludente Handlung vorliegt, ist eine Interpretationsfrage für jeden einzelnen Fall. Unbedingt beweisen die pro herede gestio lediglich solche Handlungen, die der Delat überhaupt nur als Erbe, nicht citra nomen et jus heredis vornehmen kann; eine Protestation darf hier als protestatio facto contraria keine Berücksichtigung finden. Bei Handlungen, aus denen zwar an und für sich seine Absicht, Erbe zu sein, geschlossen werden muß, denen jedoch auch eine andere Intention zu Grunde liegen kann, wird die pro herede gestio bloß präsumirt; läßt sich in Folge einer Protestation oder sonst ein anderer animus des Delaten nachweisen, so erhält die Handlung durch diesen ihren rechtlichen Charakter. Aus Handlungen, die dem Erben rechtlich nicht zustehen, und aus Handlungen, zu denen der Delat berechtigt oder verpflichtet ist, er mag die Erbschaft erwerben oder nicht, kann seine Absicht anzutreten, nicht gefolgert werden; bei ihnen wird deshalb auch eine pro herede gestio nicht vermuthet. Sind aber diese Handlungen erweislich mit dem Willen des Antritts vorgenommen worden, so ist für ihre Beurtheilung nicht ihre eigene Beschaffenheit, sondern dieser Wille maßgebend; durch ihn werden sie zur pro herede gestio qualifizirt.

Vergl. auch Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 30. Jan. 1863 in Seuffert's Archiv XVII Nr. 69.

sondern auch stillschweigend mit Werken angetreten werden, da man nämlich etwas thut, was keinem anderen, als dem Erben zu thun gebührt, z. E. da man entweder mit der Verlassenschaft überhaupt, oder den dazu gehörigen Dingen zu schalten und walten anfängt, solche gebraucht, veräußert, verpachtet und dergleichen Handlungen damit vornimmt; denn daraus wird 2do der Wille, die Erbschaft anzutreten, so lange gemuthmaßet, bis nicht aus eingelegter Protestation oder anderen Umständen genüglich erscheint, daß dieses nicht in der Meinung, die Erbschaft antreten zu wollen, sondern aus Irrthum, Anwaltschaft, Negotiorum Gestione oder anderer Absicht geschehen sey . . ."

Code civil art. 778. „L'acceptation . . . est tacite, quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'heritier." [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2252. „Aus Handlungen, welche der Erbe in Beziehung auf die Erbschaft vornimmt, ist eine Antretung derselben nur zu folgern, wenn sie nicht anders, als dadurch zu erklären sind, daß der Erbe den Willen, die Erbschaft anzutreten, gehabt habe." [2])

Die Vorschrift unseres § 420 stimmt nach dem Obigen mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts über pro herede gestio vollkommen überein.[3]) Allein sie verliert alle ihre Bedeutung durch die Bestimmung

---

[1]) Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV. § 611: Die Annahme der Erbschaft geschieht stillschweigend, wenn der Erbe eine Rechtshandlung vornimmt, welche man an sich und ihrer Beschaffenheit nach aus der Absicht, die Erbschaft anzunehmen, und nur aus dieser Absicht ableiten kann und zu welcher der Erbe noch überdies nur als Erbe ein Recht hatte, m. a. W. wenn der Erbe eine Rechtshandlung vornimmt, welche sowohl an sich als relativ d. i. in Beziehung auf den Erben nur als eine Verfügung über den Nachlaß betrachtet, also nur so erklärt werden kann, daß sich der Erbe das Eigenthum an dem Nachlaß angemaßt habe. Als Rechtshandlungen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach den Schluß auf die geschehene Annahme der Erbschaft begründen, sind alle und jede Verfügungen über den Nachlaß oder über die einzelnen zum Nachlasse gehörigen Güter, nicht aber die Handlungen, welche bloß die Beaufsichtigung oder die Erhaltung oder die Verwaltung des Nachlasses zum Gegenstande haben, zu betrachten . . . Vergl. art. 779. 780.

[2]) Uebereinstimmend mit dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzb. für das Großh. Hessen Art. 229: „. . . Die Annahme geschieht stillschweigend, wenn der Erbe eine Handlung vornimmt, welche seine Absicht, die Erbschaft anzunehmen, unzweifelhaft zu erkennen gibt." (Die Art. 230, 231 zählen solche Handlungen auf.)

[3]) Auch der Satz, daß der pro herede se gerens als Beneficialerbe gilt, kann nicht als eine Abweichung angesehen werden. Denn mit Recht bemerkt Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Comment. B. 41 S. 355, 356: Daß man dies Recht (das beneficium inventarii) ausdrücklich erbitte, ist nicht erforderlich, ja nach der richtigen Ansicht nicht einmal, daß man ausdrücklich erkläre, man wolle sub beneficio legis et inventarii antreten. Zwar be-

des unmittelbar folgenden § 421, wonach dem bloßen Stillſchweigen, alſo der gänzlichen Unthätigkeit des berufenen Erben innerhalb der Ueberlegungsfriſt, die Wirkung der pro herede gestio beigelegt wird. Dieſer Rechtsſatz, in Verbindung mit dem im § 427 aufgeſtellten, führt zu den größten Härten, deren Beſeitigung, obwohl ſie allgemein erkannt ſind, noch immer vergeblich erwartet wird.[1])

---

§ 422. «Wer eine Erbſchaft nur unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii angenommen hat, der darf alle daran zu machenden Forderungen nur ſo weit, als das Vermögen des Nachlaſſes hinreicht, vertreten.»[2])

67. L. 22 § 4 C. de jure delib. (6, 30): Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint: hereditatem sine periculo habeant . . . ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant . . . et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant: ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant . . .

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. III § 22: Obstringitur (heres ex inventario hereditatem adeuns) aeri alieno et creditoribus hereditariis, sed non ultra facultates hereditarias . . . Solum hoc ei injungitur, sine quo non sit omnino heres, ut quemadmodum jure tenetur, sic et respondere debeat legatariis et creditoribus saltem intra vires hereditarias . . .

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. I art. VII nr. 2 sqq.: Heres itidem qui adit hereditatem, cum defuncti creditoribus adeundo con-

---

haupten Manche das Gegentheil, allein ohne Grund; denn der Kaiſer ſagt ausdrücklich: Wer die Erbſchaft antrete und binnen der gehörigen Zeit und in der von ihm vorgeſchriebenen Art ein Inventar errichte, ſolle die Vortheile in Anſpruch nehmen dürfen, welche das Geſetz an das Inventar knüpft. Wer alſo ausdrücklich oder durch Einmiſchungshandlungen ſeine Abſicht, Erbe werden zu wollen, an den Tag legt und demnächſt ein vorſchriftsmäßiges Inventar errichtet, der iſt ohne Weiteres Beneſizialerbe.

[1]) Vergl. die „Beiträge zur Erläuterung des Preußiſchen Rechts" I. S. 174, II. S. 60. Desgl. Schering, Archiv für rechtswiſſenſchaftl. Abhandlungen I. (Berlin 1861) S. 401 f.

[2]) In Betreff dieſer Vorſchrift wird im Allgemeinen Bezug genommen auf die Abhandlung in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts" B. I. S. 169—191: „Ueber das Rechtsverhältniß des Beneſizial-Erben in Beziehung auf die Erbſchaftsgläubiger," ſo wie auf die Abhandlung ebendaſ. S. 192 bis 195: „Die Lage des Beneſizialerben in Folge der Konkursordnung vom 8. Mai 1855."

trahere censetur. Ideoque iisdem ex suo quasi contractu in solidum tenetur ultra vires relictae hereditatis, nisi mediante inventario hereditatem adierit. In hoc enim jus illud, quo heres tanquam eadem cum defuncto persona adeundo omnibus hereditariis oneribus subjicitur, limitatum est, ut beneficium inventarii prosit heredi, ne ultra vires hereditatis obligetur.

Brunnemann, com. in C. ad l. 1 de filiof. min. (2, 23) nr. 7: . . . per inventarium quidem conservantur jura heredis propria, sed id non facit, quominus teneatur heres quatenus in hereditate est.

Mühlenbruch, Fortf. des Glück'schen Comment. B. 41 S. 364 f.: Tritt der Erbe, ohne eine Deliberationsfrist nachzusuchen, die Erbschaft sub beneficio legis et inventarii an . . . so ist er zwar Erbe geworden . . ., allein der Erbschaftserwerb ist ihm unnachtheilig. Es tritt nunmehr die Confusion des beiderseitigen Vermögens nicht ein, in Folge deren sonst der Erbe gehalten ist, die Schulden einer insolventen Erbschaft zu zahlen und seine Rechte, welche ihm gegen den Erblasser und an dessen Sachen zustehen, erlöschen. Das Inventar gewährt ihm das Recht, daß er der erbschaftlichen Schulden halber nur verpflichtet wird, soweit der Bestand der Erbschaft reicht, seine Rechte verbleiben ihm, weshalb er denn in Ansehung seiner Forderungen mit den übrigen Gläubigern des Erblassers gerade so concurrirt, wie wenn er überall nicht Erbe geworden wäre . . .[1])

Kaiserl. Land-Gerichts-Ordnung des Stiffts Würzburg und Herzogthums zu Franken Th. III Tit. LV § IV.[2]) „Wo nun das Inventarium durch den Erben, darauf, wie folget, verfertiget, ist er zu einem mehrern, als des Verstorbenen Güther reichen, nicht verbunden, darff auch, wie groß des Verstorbenen Schulden gefunden, von dem Seinigen nichts dargeben oder bezahlen."

§ V. „Und da nach Bezahlung aller Schulden etwas übrig, das solle ihme dem Erben gehören und bleiben."

Jus Culmense ex ultima revisione (Danzig 1767) Buch III Tit. 10 Cap. 2: „. . . Da er (der Erbnehmer) aber ein gebührlich Inventarium mit Wissen und Willen des Gerichts beschreiben läßt . . ., so ist er über den Inhalt der Inventarii niemanden zu zahlen schuldig."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 802. „. . . Ein solcher Erbe (der die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventariums angetreten) wird den Gläubigern und Legataren nur soweit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre und auch seine eigenen, außer dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht."[3])

---

[1]) Vergl. auch Bering, Röm. Erbrecht S. 517 ff.

[2]) Siehe Anhang zu Ludolff Variar. Resol. Lib. III p. 207.

[3]) Unger, österr. Erbrecht S. 178, 179: Durch die Einräumung und Geltendmachung dieser Rechtswohlthat soll der Erbe überhaupt von den Nachtheilen befreit werden, welche für ihn aus der Erbantretung entstehen können. Obwohl der Vorbehaltserbe Erbe und Herr des Erbvermögens ist und bleibt,

Code civil art. 802. „L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage,

1. de n'être tenu du paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis, même de pouvoir se décharger du paiement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires;
2. de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances." [1])

In Betreff der Art und Weise, wie die Erbschaftsgläubiger und Legatarien die gegen den Benefizialerben als solchen erwirkte Verurtheilung zur Vollstreckung zu bringen haben, wird auf die Glossen zu §§ 444 f. d. T. verwiesen.

---

§ 423. «Ein solcher Beneficialerbe muß aber auch ein vollständiges Inventarium über den Nachlaß aufnehmen, und gerichtlich, allenfalls versiegelt, niederlegen.»

§ 424. «Diese Niederlegung muß längstens binnen sechs Monaten nach dem Ablaufe der gesetzmäßigen Erklärungsfrist (§ 384, 385) erfolgen.»

68. l. 22 § 2 C. de jure delib. (6, 30): Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit necne defuncti hereditas, non putet sibi esse

---

wird er doch zu jenem Zweck in gewissen Beziehungen wie ein Nichterbe, wie ein bloßer Vertreter des Nachlasses behandelt und daher insbesondere seine Haftung für die Schulden des Erblassers auf den Umfang und die Mittel der Erbschaft eingeschränkt.

[1]) Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilrechts (5. Aufl.) IV § 612: Die Rechtswohlthat des Inventars (oder des Erbverzeichnisses) ist diejenige Rechtswohlthat, vermöge deren der Erbe, wenn er den Bestandsbetrag des Nachlasses auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Weise aufzeichnen läßt, und sich förmlich erklärt, daß er die Erbschaft nur in Gemäßheit dieses Verzeichnisses annehme, die Vereinigung des Nachlasses mit seinem eigenen Vermögen, in Beziehung auf die Schulden und Lasten des Nachlasses verhindern kann ... Das Recht, die Erbschaft mit dieser Rechtswohlthat anzunehmen, steht also dem Erben kraft des Gesetzes zu ... § 619. ... Der Wohlthatserbe haftet für die Schulden und Lasten des Nachlasses nicht mit seinem eigenen Vermögen, sondern nur mit den zum Nachlasse gehörigen Gütern und nur bis zum Betrage derselben ... Die Forde-

necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo inventarium[1]) ab ipso confi-ciatur etc.[2])

Mevii Decis. I. 123: Qui se eum inventario heredem dicit, illud exhibere tenetur. Qualitas enim ista non praesumitur, sed ante omnia probanda est, maxime si fundamentum intentionis sit. Eo itaque non exhibito, qui successit, creditur pure et absolute heres esse. Confitetur quippe, se heredem esse, cui innititur pars et judex, donec adjecta qualitas verificatur. Nec antea tribuendum quid ex beneficiis inventarii, antequam factum constet. Imo condemnandus est pure heres . . .

Kaiserl. Land-Gerichts-Ordnung des Stiffts Würzburg und Herzogthums zu Franken Th. III Tit. LV § III: . . . und darauf wolle er (der Beneficialerbe) ein gebührlich Inventarium aufrichten, und darinnen dieser unserer Ordnung nach alles was in der Erbschafft zu finden ist, ordentlich verzeichnen und aufschreiben lassen.

§ IX. Und soll der Erb zu Verfertigung eines solchen Inventarii ordentlich einen Monath Dilation und Zeit haben . . .[3])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 802. „Wird die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventarium angetreten, so ist sogleich vom Gerichte das Inventarium auf Kosten der Masse aufzunehmen . . ."[4])

Code civil art. 794. „Cette déclaration (d'un héritier, qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire) n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire fidèle et exact des biens de la succession, dans les formes reglées par les lois sur la procedure, et dans les délais qui seront ci-après déterminés."

Art. 795. „L'héritier a trois mois pour faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture de la succession.

---

rungen, welche der Erbe an den Erblasser oder dieser an jenen zu machen berechtigt war, und überhaupt alle Klagen des Einen gegen den Andern behalten ihre Wirksamkeit.

[1]) Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. III § 13: Est autem inventarium bonorum, scriptura rerum singularum, quae in his bonis sint, descriptionem continens, sic dictum, quod ibi res sint, quae quaesitae inde inveniri et reperiri possunt (l. 13 C. arbitr. tut.). Unde etiam in usu juris a nostris appellatur repertorium (l. 7 pr. D. adm. et peric. tut.).

Vergl. auch Muelleri addit. ad Struv. syntagm. jur. civ. Exerc. 33 th. 54 nota α.

[2]) Ueber die Formen und Fristen der von Justinian vorgeschriebenen Inventars-Errichtung ist zu verweisen auf Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Comm. B. 41 § 1468.

[3]) Vergl. Hellfeld, jurispr. for. § 1468. Moribus tamen hodiernis tempora a Justiniano praescripta non observantur.

[4]) Vergl. dazu das Gesetz vom 9. August 1854 über das gerichtliche Verfahren in Rechtsgeschäften außer Streitsachen §§ 93—113. 179.

Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sur sa renonciation, un délai de quarante jours, qui commencent à courir du jour de l'expiration des trois mois donnés pour l'inventaire, ou du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant les trois mois." [1])

Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt Bremen vom 24. Mai 1843 § 291. „Der Erbe, welcher sich der Rechtswohlthat des Inventars bedienen will, muß dieses binnen dreißig Tagen nach erlangter Kenntniß von dem Erbschaftsanfall dem Obergerichte schriftlich anzeigen."

§ 293. „Im Falle des Aufenthalts des Erben im Auslande wird die zur Uebersendung der Anzeige nothwendige Zeit zu jener Frist hinzugerechnet."

§ 294. „Binnen dreißig Tagen nach obiger Anzeige hat der Erbe die Aufnahme des Inventars zu vollenden, vorbehaltlich der Befugniß des Gerichts, aus erheblichen Gründen diese Frist zu verlängern."

69. Die Frage,

ob das Inventar bei dem zuständigen Erbschaftsgerichte (in foro hereditatis) niedergelegt werden muß,

wird mit Recht von Daniels (Handbuch der Preuß. Civilrechtspflege B. 1 S. 194 Note 6) und Koch (Komment. zum Allgem. Landrecht I S. 597 Anm. 60) bejaht.[2]) Letzterer bemerkt:

Es handelt sich hier nicht um einen Akt der Beglaubigung, sondern um eine obrigkeitliche Mitwirkung bei Feststellung der Erbschaft, als Grundlage zu einem vielleicht folgenden Rechtsverfahren, und das Gesetz schreibt dieselbe in dem Falle, wo noch etwas mehr als die Aufbewahrung, nämlich die Aufnahme des Inventariums verlangt wird, ausdrücklich dem competenten Richter zu. A. G. O. II, 5. Die Aufnahme ist eine untergeordnete Handlung des Erben selbst, den das Gericht eigentlich nur bedient, denn der Erbe steht für die Richtigkeit so ein, als wenn er es selbst verfaßt hätte. Wird

---

[1]) Der letzte Satz gilt auch nach dem Zürcherischen privatrechtl. Gesetzb., indem dasselbe § 2005 bestimmt: „Ist das öffentliche Inventar gezogen, so ist dasselbe auf Anordnung des Gerichtes den Erben zur Einsicht zuzustellen und sind dieselben unter Ansetzung einer angemessenen Frist aufzufordern, sich entweder zur Uebernahme oder zur Ausschlagung der Erbschaft zu erklären."

Nach Zürcherischem Recht hat aber überhaupt die Rechtswohlthat des öffentlichen Inventars nur die Bedeutung einer weiteren Deliberationsfrist; sie soll nur den Erben vergewissern, ob es rathsam sei, die Erbschaft anzunehmen oder abzulehnen. Nimmt er die Erbschaft an, so haftet er für die ermittelten Erbschaftsschulden unbeschränkt (§ 2008).

[2]) Vergl. auch Schering, Archiv für rechtswissenschaftliche Abhandlungen I. S. 415, 416.

schon bei dieser Geschäftsbesorgung die Zuständigkeit des Gerichts verlangt, so ist sie bei der eigentlichen Haupthandlung des Gerichts selbst, nämlich der Aufbewahrung, um so mehr erforderlich, wenn sie als eine richterliche gelten soll: nur der kompetente Richter kann richterliche Handlungen vollziehen.[1])

Die Bejahung der aufgeworfenen Frage folgt schon daraus, daß die Niederlegung des Inventars mit dem Erbantritte selbst im genauesten Zusammenhange steht, daß daher, wie die Erklärung über die Annahme oder Entsagung der Erbschaft nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 392 d. T. „bei dem Gerichte, unter welchem der Erblasser zuletzt seinen persönlichen Gerichtsstand gehabt hat, abgegeben werden muß" nothwendig auch die Niederlegung des Inventars, welche gerade den wesentlichsten Theil der Erbeserklärung bildet, an die gleiche Formvorschrift gebunden zu erachten ist.[2])

70. Eine weitere Frage ist:

wie es zu halten, wenn von mehreren gleichzeitig berufenen Erben nur der Eine oder Andere in den gehörigen Formen und Fristen das Inventarium einreicht?

---

[1]) Anderer Meinung ist Bornemann, Syst. Darstell. VI S. 304 (2. Ausg.), welcher ausführt: Der Zweck der Einreichung des Inventars sei Verhütung der Verdunkelung der Masse. Der Zweck der gerichtlichen Einreichung sei Konstatirung der Einhaltung der gesetzlichen Frist. Beide Zwecke würden durch die Niederlegung bei jedem Gerichte erreicht. An ein an sich so unbedeutendes Formale die Nichtigkeit knüpfen zu wollen, widerspreche dem allgemeinen Principe des A. L. R., namentlich auch dem § 393 d. T. und es folge hieraus nur, daß der inkompetente Richter das ihm eingereichte Inventar an den kompetenten abgeben müsse.

Wird aber Letzteres zugegeben, so liegt darin die Anerkennung, daß der inkompetente Richter das von dem Erben bei Einreichung des Inventars begangene Versehen wieder gut machen, also die vorgefallene Ungehörigkeit ungeschehen machen müsse, so daß es nun so angesehen wird, als habe der Erbe selbst das Inventar bei dem zuständigen Gerichte eingereicht.

[2]) Dies ergibt auch der § 1 des Erbschaftsedikts vom 30. April 1765, worin bestimmt ist: „Wir wollen und ordnen, daß derjenige, dem eine Erbschaft ... anheimfällt, gehalten sein solle ... bei den Gerichten, worunter der Erblasser, zur Zeit seines Absterbens, sein Domicilium gehabt, sich zu erklären: ob er entweder nicht Erbe seyn, oder schlechterdings, ohne sich die Wohlthat des Inventarii zu Nutze zu machen, oder aber, mit Vorbehalt dieser Wohlthat, die Erbschaft antreten wolle? In diesem letzteren Fall muß er zugleich ein solennes Inventarium, oder statt dessen eine Specification, wie er solche auf Erfordern eidlich bestärken kann über den Nachlaß übergeben."

Unser Landrecht enthält hierüber keine Bestimmung.

Das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch verordnet § 807:

„Wenn aus mehreren Miterben einige unbedingt, andere aber, oder auch nur Einer aus ihnen, mit Vorbehalt der erwähnten Rechtswohlthat, sich zu Erben erklären; so ist ein Inventarium zu errichten, und die auf diesen Vorbehalt beschränkte Erbeserklärung der Verlassenschaftsabhandlung zum Grunde zu legen. In diesem, so wie in allen Fällen, in welchen ein Inventarium errichtet werden muß, genießt auch derjenige, welcher eine unbedingte Erbeserklärung abgegeben hat, so lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden, die rechtliche Wohlthat des Inventariums." [1])

Diese an sich höchst unklare Bestimmung ist für uns nicht brauchbar, da wir das Institut der Verlassenschaftsabhandlung glücklicher Weise nicht kennen. — Wir können daher jene Frage nur nach allgemeinen Grundsätzen entscheiden. In dieser Beziehung kommt aber die oben angegebene Bedeutung der Einreichung des Nachlaß-Inventars in Betracht. Bildet diese einen wesentlichen Bestandtheil der Erbantretung selbst, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß dieselbe auch nur dem in dieser Weise antretenden Erben, nicht aber den, dabei unthätig bleibenden Miterben zu Statten kommen kann, weil Jener an und für sich gar nicht ermächtigt ist, für die Letzteren eine zum Antritte der Erbschaft mit dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventars nothwendige Handlung vorzunehmen. [2])

Dies wird auch nach römischem Rechte als sich von selbst verstehend

---

[1]) Vergl. Unger, österr. Erbrecht S. 186: Treten von mehreren Erben die einen mit, die andern ohne Vorbehalt die Erbschaft an, so ist zwar der Verlassenschaftsabhandlung die bedingte Erbserklärung zum Grunde zu legen, nach erfolgter Einantwortung aber macht sich die Verschiedenheit der Haftung sowohl in Ansehung des Wofür als des Womit zwischen beiden Classen von Erben geltend.

[2]) Von einem ganz unrichtigen Gesichtspunkte geht der Gesetz-Revisor (Pensum XVI S. 25) aus, wenn derselbe bemerkt: „Daß bei abweichender Meinung der Erben über den Antritt der Erbschaft diejenige den Ausschlag geben soll, nach welcher die Gefahr eines Verlustes am meisten entfernt wird, ist den Grundsätzen vom Miteigenthum angemessen und auch billig; ebenso, daß die Einreichung des Inventars von Seiten eines Erben auch den übrigen zu Statten kommt."

Bei der Antretung einer mehreren Personen angefallenen Erbschaft handelt es sich gar nicht um die Verfügung über eine gemeinschaftliche Sache, sondern um die Ausübung des jedem einzelnen Berufenen ganz selbständig zustehenden Erbrechts. Die Erbantretung wirkt daher auch immer nur für den Einzelnen, der sie aus eigenem Rechte vornimmt.

angesehen. So sagt Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Commentars B. 41 S. 398:

> Nach dem Verstehenden ist denn auch das von Justinian nicht berührte Verhältniß unter Miterben sehr leicht und einfach zu bestimmen: . . . Das Verhältniß bleibt wesentlich dasselbe, wenn ein Miterbe inventirt, ein anderer deliberirt. Von selbst versteht sich, daß auch das Inventar des Ersteren auf das Ganze gerichtet sein muß, indem ein Inventarium über eine Erbschaftsquote etwas Ungedenkbares ist; der inventirende Miterbe hat alle Rechte, welche das Gesetz an das Inventar knüpft, dem nicht inventirenden kommt dies natürlich nicht zu Statten.

Ebenso S. 428:

> Das von einem Miterben angefertigte Inventar kann dem anderen nicht die Rechte eines Benefizialerben verschaffen.[1])

71. Wenn ein Erbschaftsprätendent, welchem das Erbrecht von Andern streitig gemacht wird, erst nach rechtskräftiger Feststellung seines Erbrechts zu dem ihm bisher vorenthaltenen Besitze der Erbschaft gelangt, so wird die Frist zur Einreichung des Inventars auch erst von diesem Zeitpunkte an zu berechnen sein, weil er früher gehindert war, von seinem Rechte Gebrauch zu machen.

72. In Betreff des Falles, wenn der Benefizialerbe innerhalb der zur Einreichung des Inventars bestimmten Frist verstirbt, ist zu verweisen auf Heimbach in Weiske's Rechtslexikon I. S. 915, 916.

73. Die vom Gesetz im Interesse der Erbschaftsgläubiger dem Benefizialerben auferlegte Verpflichtung zur Niederlegung eines vorschriftsmäßigen Inventars ist jeder Abänderung Seitens des Erblassers entzogen. Denn es handelt sich hier um die Bedingungen einer gesetzlichen Rechtswohlthat, worüber das Gesetz allein Bestimmungen zu treffen hat.

---

[1]) Vergl. auch v. Buchholtz in der Zeitschrift für Civilrecht und Proc. X. S. 449 Note 3.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik II. Abth. 1 S. 746.

Nach dem Großh. Hessischen Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches Abth. 3 Art. 265 kommt jedoch, wenn auch nur auf Veranlassung Eines Miterben ein gerichtliches Verzeichniß über den Nachlaß errichtet worden ist, die Rechtswohlthat allen Miterben, die daraus Vortheil ziehen wollen, zu Statten. Es ist dabei (nach den Motiven) erwogen, daß es in solchen Fällen an keiner der Vorkehrungen fehlt, welche die Gläubiger und Vermächtnißnehmer zu ihrer Sicherheit verlangen können.

Voet, com. ad P. XXVIII. 8 nr. 15: Quia vero pactionibus aut voluntatibus supremis debitorum jura creditorum nec tolli nec mutari possunt, etiam non recte testator in eorum praejudicium remittit heredi hanc inventarii confectionem; Michael Grassus de success. lib. 2 art. inventarium hered. qu. 2 nr. 3. Et his consequens est, creditorum intuitu pro inventario esse aut haberi non debere juratam testatoris declarationem, testamento de suae substantiae mensura factam, licet legatariis et fideicommissariis obesse possit (auth. quod obtinet C. de probat. Nov. 48 cap. 1 § 1).[1])

Baieriſches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 18 „. . . 17mo Kann der Erblaſſer die Inventur zur Präjudiz der Creditoren nicht, wohl hingegen zum Nachtheile der Legatarien oder Coheredum . . . verbieten oder nachlaſſen . . .“

---

§ 425. «Iſt jedoch die Erbſchaft beſonders weitläufig und verwickelt, ſo kann der Richter, auf Anrufen des Erben, nach geprüften Gründen deſſelben, die Friſt zur Einreichung des Inventarii verhältnißmäßig verlängern.»

§ 426. «Auch kann dieſe Friſt auf den Antrag auch nur Eines Erbſchaftsgläubigers oder Legatarii, nach Bewandniß der Umſtände und Beſchaffenheit des Nachlaſſes, von dem Richter verkürzt werden.»

74. Kaiſerl. Land-Gerichts-Ordn. des Stiffts Würzburg und Herzogthums Franken Th. III Tit. LV § IX. „Und ſoll der Erb zu Verfertigung eines ſolchen Inventarii ordentlich einen Monath Dilation und Zeit haben, gleichwohl aber ihme aus genugſamen Urſachen, nach Erkänntnüß jetzo genannter unſerer Gerichte, eine längere Zeit dazu gegeben werden; Er der Erb auch inmittels von jedermänniglich ſolcher Erbſchafft halber ungemüßiget und unangefochten bleiben.“

Privatrechtl. Geſetzb. für den Kanton Zürich § 1992. „Ueberdem iſt das Gericht ermächtigt, aus erheblichen Gründen, insbeſondere auf Verlangen einer Vormundſchaftsbehörde, die Friſt zu Gunſten einzelner oder aller Erben ſoweit zu erſtrecken, als die Verhältniſſe es rechtfertigen, oder gegen den Ablauf derſelben Reſtitution zu gewähren. Dabei ſind aber zugleich die Intereſſen der Erbſchaftsgläubiger zu beachten.“

---

[1]) Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts (5. Aufl.) IV. § 612 Note 10: Der Erblaſſer kann dem Erben nicht die Fertigung des Inventars erlaſſen. Chabot ad art. 794 nr. 8.

Code civil art. 798. „Après l'expiration des délais ci-dessus, l'héritier, en cas de poursuite dirigée contre lui, peut demander un nouveau délai, que le tribunal saisi de la contestation accorde ou refuse, suivant les circonstances.“ [1])

Auch das gemeine Recht gestattet die Verlängerung der Fristen aus zureichend befundenen Gründen.

Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 54 not. ε: Moribus nostris quod tempus illud legitima ex causa prorogari possit, testes sunt Carpzov. p. 3 c. 33 d. 13. Giphan. ad l. fin. de jure delib. Wesenbeck eod. tit. Collegium Argent. eod. th. 32 nr. 1.

Dagegen ist die Vorschrift des § 426 dem Preußischen Rechte eigenthümlich. Dieselbe ist durch ein praktisches Bedürfniß nicht geboten, da die Rechte der Erbschaftsgläubiger und Legatarien durch die Bestimmung des § 387 hinreichend gewahrt sind. Eben deshalb ist auch ihre Anwendung dem Rechtsleben ganz fremd geblieben.[2])

---

[1]) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts (5. Aufl.) IV. § 614 S. 90: ... Der Erbe kann bei dem competenten Gerichte auf Gestattung einer anderweiten Frist antragen. Dieses Gericht ist dasjenige, bei welchem der Erbe belangt worden ist. Nachdem der Erbe seine Saumseligkeit genügend rechtfertigen kann oder nicht, ist der Antrag zu bewilligen oder abzuschlagen. Selbst eine abermalige Fristverlängerung kann das Gericht dem Erben bewilligen.

Vergl. auch Codex Fabrianus Lib. VI tit. XI def. 19: Quoties apparet eum, qui hereditatem sibi delatam adiit cum beneficio legis et inventarii, consilium inire fraudandorum creditorum, et ut longior iis mora fiat, discussionis instantiam in longiora tempora protrahere, solet Senatus noster praeficere illi tempus, intra quod curret terminari instantiam, quo non facto si nullam excusationis causam probabilem adferat, legis beneficio privetur, quod in alterius injuriam captaverat. Tempus autem illud plerumque trimestre est. Interdum tamen longius, vix unquam brevius ... Ita Senatus Sabaudiae Decembr. 1592.

[2]) Vergl. auch Koch, Komment. zum Allg. Landr. I S. 598 Anm. 64, woselbst gesagt ist: Die Anwendung hat ihre Schwierigkeiten, da die Umstände, nach deren Bewandtniß die Bestimmung erfolgen soll, doch untersucht und dabei beide Theile gehört werden müssen. Ein Verfahren ist jedoch nicht vorgeschrieben. Unterdessen ist dann die Zeit von selbst lange vergangen. Die Vorschrift ist unpraktisch. Man setzt meistens, entweder ohne den Andern zu hören, oder allenfalls nach Zustellung des Antrages zur Gegenerklärung binnen einer bestimmten Frist, den verlängerten oder verkürzten Termin durch ein Dekret fest, gegen welches die Beschwerde freisteht. Doch entspricht dieses Verfahren nicht der Wichtigkeit des Gegenstandes. Der § 428 kommt einigermaßen zu Hülfe.

§ 427. «Wer die von dem Gesetze oder von dem Richter bestimmte Frist, ohne das Inventarium gehörig einzubringen, verstreichen läßt, wird der Rechtswohlthat verlustig, und für einen solchen, der die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten hat, geachtet (§ 418, 419).» [1])

§ 428. «Soll jedoch dieser Nachtheil den Beneficialerben, wegen Versäumung einer kürzern vom Richter bestimmten Frist (§ 426), treffen, so muß er darüber rechtlich gehört werden.»

75. L. 22 § 12 C. de jure delib. (6, 30): Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, praesentes vel absentes inventarium facere distulerint, et datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit: tunc ex eo ipso quod inventarium secundum formam praesentis constitutionis non fecerint, et heredes esse omnimodo intelligantur, et debitis hereditariis in solidum teneantur, nec legis nostrae beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt.

Unser Landrecht folgt hiernach dem gemeinrechtlichen Grundsatze, daß der die Vorschriften über die Legung des Inventars verabsäumende Erbe kraft des Gesetzes (ipso jure), also ohne daß es eines richterlichen Ausspruches darüber bedarf, der durch die Beobachtung jener Vorschriften bedingten Rechtswohlthat des Inventars verlustig geht, oder vielmehr derselben nicht theilhaftig wird. [2]) Es liegt hierin eine von dem Gesetzgeber beabsichtigte Abweichung von dem damals geltenden Erbschaftsedikte vom 30. April 1765. [3]) Zur Rechtfertigung derselben erklärte Suarez in seinen amtlichen Vorträgen: [4])

> Diese Vorschrift weicht von dem Erbschaftsedikte darin ab, daß das Beneficium, sobald die Frist abgelaufen ist, ipso jure verloren geht;

---

[1]) Vergl. die Abhandlung des Kreisrichters M. in Schering's Archiv für rechtswissenschaftliche Abhandlungen I (Berlin 1861) S. 401 ff.

[2]) So bestimmt auch die Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt Bremen vom 24. Mai 1843 § 295. „Die Verabsäumung der für die obige Anzeige oder der für die Aufnahme des Inventars vorgeschriebenen Frist hat den Verlust der Befugniß, sich auf die Rechtswohlthat des Inventars zu berufen, zur Folge."

[3]) Dasselbe verordnete Abth. I § 3. „. . . Damit aber die Creditores wissen, ob die Erbschaft so beschaffen, daß sie ihre Befriedigung gantz oder nur zum Theil erhalten können; So stehet jedem von ihnen frey, nach Ablauf vorhingedachter, zur Erklärung des Erben, gesetzten Frist, um die gerichtliche Auf-

wohingegen, nach dem Edikte erst auf die Privation desselben geklagt werden und sententia judicis hinzukommen muß. Der Grund der Abweichung ist, die Verdunkelung des Nachlasses zu verhüten, und die weitläufigen und kostbaren Prozesse zu vermeiden, welche zu entstehen pflegen, wenn oft viele Jahre nach dem Tode auf das Beneficium provozirt wird, und alsdann ein Inventarium angefertigt werden muß, von dem so wenig Zuverläßigkeit als Vollständigkeit zu erwarten ist, und das also zu einem weitläufigen Defektatorio öfters Anlaß gibt.[1])

Jener Grundsatz stellt sich jedoch, in Verbindung mit der unserem Rechte eigenthümlichen Vorschrift des § 421 d. T., als eine ganz ungerechtfertigte Härte dar, indem derselbe auch denjenigen, der gar nicht den Willen hat, Erbe zu werden und sich deshalb von jeder Einmischung in den Nachlaß fern hält, seiner bloßen Unthätigkeit wegen als unbedingten Erben behandelt, um auf diese Weise das Interesse der zur Wahrung ihrer Rechte vielleicht ebenso unthätig gebliebenen Erbschaftsgläubiger und Legatare von Amtswegen wahrzunehmen.[2])

Viel richtiger ist der Gesichtspunkt, von welchem das Französische

---

lage an denselben, anzuhalten, daß er, in einem nicht leicht über 2 Monathe hinauszusetzendem Termino praeclusivo, ein Inventarium oder juratam Specificationem edire, widrigenfalls aber gewärtige, daß er pure pro herede geachtet, und dafür in dem angesetztem Termino erkläret; mithin zur Bezahlung der Schulden, wenn auch schon die Erbschaft nicht zureichend seyn sollte, schuldig erkannt werde. Es soll auch, auf Anhalten eines Legatarii, nach Ablauf gedachter Frist, dem Erben auferlegt werden, in einem ebenmäßig anzusetzendem Termino, ein Inventarium, oder juratam Specificationem zu ediren, mit der Verwarnung, daß er widrigenfalls in sothanem Termino, das Vermächtniß ohne Abzug zu bezahlen, schuldig erkannt werde.

Von dergleichen Erkenntnissen stehen beyden Theilen die Remedia juris offen. So lange kein solches Erkenntniß, weder ad instantiam Creditorum noch Legatariorum, erfolget, stehet einem Erben, welcher sich nicht ausdrücklich pure pro herede declariret, wenn er belanget wird, jederzeit frey, annoch ein Inventarium oder Juratam Specificationem zu ediren, und sich des ihm darnach competirenden Beneficii zu bedienen.

[1]) v. Kamptz, Jahrbücher B. 41 S. 12, 13. Vergl. auch S. 26, 27.

[1]) Anfänglich war Suarez anderer Ansicht, indem er zu dem Klein'schen Entwurfe bemerkte: „Diese Verbindlichkeit (das Inventar in einer bestimmten Zeit einzureichen) liegt dem Erben nicht ex officio ob, sondern er kann abwarten, bis ihn die Creditoren dazu provociren, und bis er vom Richter aufgefordert wird." Bornemann, System. Darst. VI S. 466.

[2]) Vergl. hierüber die oben angeführte Abhandlung in Schering's Archiv I. S. 422 ff.

Recht ausgeht. — Der Code civil bestimmt art. 800, im Anschlusse an den oben S. 153 angeführten art. 798:

> „L'héritier conserve néanmoins, après l'expiration des délais accordés par l'article 795, même de ceux donnés par le juge, conformemant à l'article 798, la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple.“[1])

In Uebereinstimmung hiermit hat auch der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Großh. Hessen (1845) dem Erben gestattet, von der Rechtswohlthat des Inventars so lange Gebrauch zu machen, als er nicht eine an die Kräfte der Erbmasse nicht gebundene Haftungsverbindlichkeit freiwillig übernommen, oder durch eigenes Verschulden die genaue und vollständige Ermittelung und Feststellung des Nachlasses mittelst Errichtung eines gerichtlichen Inventariums unmöglich gemacht, oder durch Versäumniß einer, ihm auf Antrag der Erbschaftsgläubiger oder Vermächtnißnehmer von dem Gerichte anberaumten Frist seine Rechte an der Erbschaft verloren hat.[2])

76. Der eben besprochene Grundsatz unseres Landrechts tritt in seiner ganzen Härte hervor, wenn der Verstorbene in Wirklichkeit nichts hinterlassen hat, was Gegenstand einer Inventarlegung sein könnte. Gleichwohl ist es durchaus folgerichtig, wenn unser höchster Gerichtshof

---

[1]) Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV. § 614 S. 91.

[2]) Nach den Motiven (Abth. III Th. 2 S. 140) glaubte man, den Erben diese Begünstigungen, welche den im ursprünglich deutschen Rechte herrschenden Ansichten entsprechen, um so mehr gewähren zu müssen, da sowohl die Erbschaftsgläubiger als die Vermächtnißnehmer eigentlich auf mehr nicht als auf das Vermögen des Erblassers einen Anspruch haben und da durch die Erbfolge die Lage der Gläubiger nicht verbessert, sondern es denselben nur möglich gemacht werden soll, ihre Forderungen ebenso und mit derselben Wirkung, als wenn ihr Schuldner noch am Leben wäre, zu verfolgen.

Mit Recht wird auch weiterhin (S. 154) bemerkt: „Die Gesetzgebung wird ihrer Aufgabe entsprechen, wenn sie da, wo die Betheiligten durch eigene Wachsamkeit und Thätigkeit ihre Interessen zu schützen und zu verfolgen im Stande sind, sich auf die Angabe der hierzu geeigneten Mittel beschränkt, deren Anwendung aber den Betheiligten überläßt, und nur insoweit unmittelbar selbstwirkend eingreift, als die eigene Wachsamkeit und Thätigkeit der Interessenten zum Rechtsschutze unzureichend erscheint.“

in dem Präjudiz vom 7. März 1837 Nr. 242[1]) den Rechtssatz ausgesprochen hat:

> Die Wirkung der innerhalb der bestimmten Frist unterlassenen Einreichung des Inventars wird durch die nachherige Behauptung des Erben, daß der Erblasser nichts hinterlassen habe, nicht ausgeschlossen.[2])

Der entgegengesetzte Plenarbeschluß des O.-A.-G. zu München vom 4. December 1844,[3]) dahin gehend:

> „Nach preußischem Landrecht kann derjenige, welcher zu einer Erbschaft berufen ist und weder in der gesetzlichen Ueberlegungsfrist über die Annahme oder Ausschlagung dieser Erbschaft sich erklärt, noch rechtzeitig ein vorschriftsmäßiges Inventar eingereicht, oder dessen gerichtliche Aufnahme beantragt hat, sich gegen den Rechtsnachtheil, daß er für einen Erben, welcher ohne Vorbehalt angetreten zu achten sei, durch das Vorbringen schützen, der Verstorbene habe gar kein Aktivvermögen hinterlassen."

verkennt den oben erörterten, von unserem Landrechte beibehaltenen Rechtsbegriff der Erbschaft, welcher von dem Vorhandensein eines wirklichen Vermögensgegenstandes ganz unabhängig ist.[4])

---

[1]) Präjud. Sammlung S. 33.

[2]) Uebereinstimmend mit dem früheren Erkenntnisse desselben Gerichtshofes vom 13. August 1836, worin angenommen ist: Ein Erbe, welcher sich die Rechtswohlthat des Inventars erhalten will, muß auch in dem Falle, daß sein Erblasser nichts hinterlassen hat, ein in gesetzmäßiger Form aufgenommenes Inventarium binnen der gesetzlichen Frist gerichtlich niederlegen.
Entscheid. des Ob.-Trib. I. S. 304 f.

[3]) Regierungs-Blatt 1844 S. 1205—1208.
Moritz, Sammlung I S. 163.
Vergleiche auch den „Beitrag zur Lehre über Erbschaftsanfall und dessen Folgen. Nach preußischem Recht" (in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, herausgegeben von Seuffert und Glück V S. 305 f., 326 f., 344 f.).

[4]) Gleichwohl hat diese Ansicht auch unter den Preußischen Juristen Vertreter gefunden. So wird im Centralblatt 1842 S. 620, 621 gesagt: Es liegt auf der Hand, daß, wenn das Gesetz von dem Erben die Einreichung eines Nachlaß-Inventars verlangt, dabei stillschweigend vorausgesetzt wird, daß überhaupt Nachlaßgegenstände vorhanden sind. Denn ist dies nicht der Fall, so kann es doch nur ungereimt erscheinen, wenn der Richter verlangte, daß der Erbe ein nach dem Formular für Inventare entworfenes Scriptum einreiche, in dem bei jeder der verschiedenen Titel das Wort „Nichts" vermerkt worden ist. Ein solches Verlangen wäre den Zwecken des Gesetzes durchaus nicht entsprechend, da dieses, wie die Materialien ergeben, die Einreichung

Einen eigenthümlichen Ausweg hat in dem gedachten Falle das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich zum Schutze des Erben getroffen, indem dasselbe bestimmt:

§ 1993. „War der Verstorbene zur Zeit seines Todes in fallitem Zustande, oder almosengenössig, oder lebte er als Bettler oder Vagabund, oder ist nach dem Tode des Erblassers keine Habe vorhanden, so wird, wenn die Erben sich nicht wirklich als Erben benehmen, die Ausschlagung als sich von selbst verstehend, angenommen.

Die Gläubiger des Erblassers sind indessen berechtigt, zu fordern, daß die Erben von dem Gerichte zu bestimmten Erklärungen angehalten werden." [1])

77. Hat der Erbe innerhalb der im § 424 d. T. vorgeschriebenen Frist den Antrag auf gerichtliche Aufnahme des Erbschafts-Inventars gestellt, so wird durch diesen Antrag, ohne Rücksicht darauf, ob und wann das Gericht demselben wirklich genügt hat, die Benefizial-Erbenqualität gewahrt.

Dieser durch das Präjudiz unseres Ober-Tribunals vom 23. November 1846 Nr. 1809 [2]) festgestellte Rechtssatz wird auch in der Praxis des gemeinen Rechts angenommen:

Erkenntniß des (vormaligen) O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 16. November 1849: Das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse einer Benefizial-Erbschaftsantretung ist vom Benefizial-Erben zu beweisen. Da jedoch die im röm. Recht vorgeschriebenen Formen der Inventarerrichtung nicht mehr unbedingte Anwendung finden, sondern heut zu Tage der Erbe die Befugniß hat, seine Erklärung, daß er

---

des Inventars nur darum geboten hat, um Verdunkelung des Nachlasses zu verhüten. Wo aber Nichts ist, da kann auch Nichts verdunkelt werden. Allerdings können Schulden vorhanden sein. Allein das Verzeichniß der Schulden, ist nicht so unumgänglich nothwendig, daß dessen alleinige Aufnahme bei gänzlichem Mangel an Vermögensstücken erforderlich wäre. In Bezug auf die Passiva ist eine Verdunkelung des Nachlasses nicht denkbar...

[1]) Bluntschli, Erläuterungen IV S. 91, 92 bemerkt dazu: ... Das Recht muß die Sitte des Lebens beachten, und die Erfahrung zeigt, daß die Erben unter solcher Voraussetzung es für überflüssig halten, eine Erklärung abzugeben, die sich nach ihrer Anschauungsweise von selbst versteht ... In den meisten Fällen der Art würde man vergeblich nach einer Erbschaft suchen, und eben deshalb halten es auch die Erben nicht für nöthig, sich zu erklären; sie bedürfen daher des gesetzlichen Schutzes gegen allfällige Gläubiger des Verstorbenen, welche auf den Grundsatz des Erbübergangs auf das Vermögen der Erben ihre Spekulation zu gründen Lust hätten.

[2]) Präjudizien-Sammlung S. 33. Entscheid. B. 15 S. 109 f.

die Rechtswohlthat des Inventars geltend machen wolle, vor dem competenten erbschaftlichen Gerichte abzugeben und zu beantragen, daß durch dieses das Inventar aufgenommen werde, so kann, falls besagte Erklärungen und Anträge innerhalb 30 Tagen erfolgen, dem Erben nicht nachtheilig werden, wenn das angegangene Gericht in Errichtung des Inventars säumig geworden und nicht ordnungsmäßig verfahren ist.[1])

Matthiä, Controversen-Lexicon II S. 47, 48.

---

§ 429. «Wer, auch nur auf den Antrag Eines Gläubigers oder Legatarii, der Rechtswohlthat verlustig erklärt worden, der kann davon auch gegen alle übrigen Gläubiger und Legatarien ferner keinen Gebrauch machen.»

78. Eine gleiche Vorschrift, wie die vorstehende, enthielt bereits das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I § 3 a. E.:

„. . . Ist aber ein solches Erkänntniß, obgleich nur auf Ansuchen eines oder andern Gläubigers, oder Legatarii, ergangen: so kommt es auch den nachher sich meldenden Gläubigern und Legatarien zu statten, und der einmahl pro puro herede rechtskräftig erkannte Erbe ist es für beständig, in Ansehung aller und jeden erbschaftlichen Forderungen und Ansprüche, zu achten."

---

[1]) Vergl. dagegen das im Archiv für pract. Rechtswissensch. V S. 236 f. mitgetheilte Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt, worin gesagt ist: . . . Wenn jetzt das Gericht anstatt des Benefizial-Erben den Nachlaß zu verzeichnen hat, während nach l. 22 C. de jure delib. der Erbe selbst unter Zuziehung von tabularii die Verlassenschaft aufzeichnen soll, so ist hierdurch das Verhältniß des Erben zur Verlassenschaftsmasse und zu den Gläubigern nicht ein wesentlich anderes geworden. Der Erbe ist als Nachfolger in die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse des Erblassers zur gerichtlichen Aufnahme des Inventars nicht bloß zuzuziehen, sondern nach seinen Kräften auch dabei mitzuwirken verpflichtet, indem er Erkundigung über den Massebestand einzieht, Auskunft ertheilt, Nachlaßgegenstände herbeischafft u. s. w. Die Antretung der Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars läßt ihn daher nicht als vorerst bis zur Feststellung der Erbschaft außer allen Beziehungen zu derselben stehend erscheinen, sondern fordert ihn vielmehr gerade auf, darauf zu dringen und darüber zu wachen, daß das Gericht thue was seines Amtes ist und keinerlei Verzögerungen sich schuldig mache. Wie l. 22 § 12 cit. denjenigen Erben, welcher die zur Inventarerrichtung vorgeschriebene Frist versäumt, zur Strafe seiner Nachlässigkeit nun absolut als Erbe behandelt wissen will, so wird auch in dem Falle, wenn dem Gericht die Aufnahme

Diese Bestimmung stand jedoch in genauem Zusammenhange mit der bereits oben (S. 154 Anmerk. 3) mitgetheilten, in unser Landrecht nicht übergegangenen Vorschrift, wonach der Erbe nur durch den von den Erbschaftsgläubigern oder Legatarien gegen ihn erwirkten Richterspruch der Rechtswohlthat verlustig erklärt werden kann. Da nun das Landrecht diesen Grundsatz verlassen und nur Ausnahmsweise für den im § 428 behandelten Fall beibehalten hat, so bleibt es immerhin zweifelhaft, ob die Verordnung des § 429 sich nur auf diesen Fall beziehe, also eine viel beschränktere Bedeutung habe, als die ganz gleichlautende des Erbschaftsedikts. Wenn daher außer dem eben erwähnten Falle der von einem Erbschaftsgläubiger als unbedingter Erbe belangte und als solcher, sei es in contumaciam oder auch nach ausdrücklicher Geltendmachung der Rechtswohlthat des Inventars, verurtheilte Erbe in der Folge einem andern gegen ihn klagenden Erbschaftsgläubiger jene Rechtswohlthat entgegensetzt, so läßt sich darüber streiten, ob ihm die exceptio rei judicatae entgegenstehe. Für die Verneinung dieser Frage könnte man geltend machen, daß nach den Grundsätzen unseres Landrechts nur in dem Falle des § 428 eine wirkliche Aberkennung der von dem Erben in Anspruch genommenen Rechtswohlthat des Inventars, also eine durch den Richter ausgesprochene Verlustigerklärung, stattfinden könne, in allen übrigen Fällen aber der Richter nur (declarirend) darüber zu entscheiden habe, ob der Erbe kraft des Gesetzes der Rechtswohlthat verlustig gegangen, oder vielmehr ihr gar nicht theilhaftig geworden sei. Es möchte sich jedoch schwerlich die Annahme eines so bedeutenden Unterschiedes in den rechtlichen Wirkungen der einen und der anderen Entscheidung rechtfertigen lassen, da in beiden Fällen ein Richterspruch vorliegt, wonach der Verklagte dem Kläger gegenüber als unbedingter Erbe, also unter Nichtanerkennung seiner Eigenschaft als Benefizialerben, verurtheilt worden ist. Diese Ansicht findet aber auch in der Fassung des § 429 eine gewichtige Unterstützung. Denn vermöge seiner Fassung stellt sich der § 429 als ein ganz allgemeiner Rechtssatz dar, der mit keinem Worte mit dem § 428 in irgend einen Zusammenhang gebracht ist und daher eine vollkommen selbständige Bedeutung hat.

---

des Inventars obliegt, dasselbe aber seiner Obliegenheit nicht entfernt nachkommt und der Erbe die gänzliche Unthätigkeit des Gerichts durch sein völlig passives Verhalten gewissermaßen gutheißt und zu der seinigen macht, der Klage eines Gläubigers gegen den Erben nicht schlechtweg durch Berufen auf das beneficium inventarii, bez. durch Vorschützen der exceptio inventarii nondum confecti begegnet werden können.

Auch im Französischen Rechte besteht die Kontroverse, ob nach dem Schlußsatze des oben (S. 156) angeführten art. 800 der einem einzelnen Erbschaftsgläubiger gegenüber unbedingt verurtheilte Erbe dadurch auch im Verhältnisse zu allen übrigen Erbschaftsgläubigern der Rechtswohlthat des Inventars verlustig gegangen sei. Die bejahende Meinung scheint in der Doctrin wie in der Praxis das Uebergewicht zu haben.[1])

79. Die hier einem Richterspruche beigelegte Wirkung kann natürlich nicht eintreten, wenn der Erbe freiwillig einen der andringenden Erbschaftsgläubiger vollständig befriedigt, statt von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch zu machen.

Mevii Decis. IV. 93: Quod creditor possessori hereditatis objiciebat, amissum inventarii beneficium ob factam aliquibus solutionem in solidum seu ultra vires hereditatis, ideo et sibi tantundem solvendum esse, juri non congruit: quo inde non est irrogata amissionis poena, sed si quidem, dum ignorantur alii creditores, facta fuit solutio, qua ceteros postea venientes liberatus est heres, et istis tantum contra concreditores actio competit.

Von selbst versteht sich freilich nach den Grundsätzen unseres Landrechts, daß den übrigen Gläubigern gegenüber nur diejenige Summe aus dem Nachlasse als gezahlt gelten kann, welche dem befriedigten Gläubiger bei Geltendmachung der Rechtswohlthat zugekommen wäre.

80. Die Frage:

> ob das in Folge eines von einem einzelnen Erbschaftsgläubiger gegen den Erben erhobenen Rechtsstreites ergangene Erkenntniß, worin dem Verklagten die Rechtswohlthat des Inventars zugesprochen ist, allen übrigen Erbschaftsgläubigern gegenüber als res judicata gelte,

wird bejaht im Codex Fabrian. Lib. VII tit. XIX def. 15 und tit. XXV def. 1:

> Sententia, per quam pronunciatum est, heredem quem esse cum beneficio legis et inventarii, nocet creditoribus omnibus, etiam non vocatis, quasi statum afficiat, et conditionem personae. Ita Senatus Sabaudiae Mart. 1595.

---

[1]) Vergl. hierüber Thilo, die Controversen des französischen Civilrechts. S. 217, 218.

Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV. § 612 Note 14 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

Mit besserem Rechte wird dieselbe jedoch verneint in Mevii Decis. VIII. 75:

> . . . Sicut creditoris maxime refert, aliquem simpliciter esse heredem, ut non cogatur pati discussionis difficultates, magisque de solido suo certus sit: ita, etsi exhibeatur inventarium, etsi etiam per sententiam aliquando quis contra alium non simpliciter, sed cum illo beneficio heres declaratus fuerit, non tamen alii super eo non audito praejudicabitur, quia reservetur intra certum terminum adversae parti allegatio.

Der im § 429 aufgestellte Rechtssatz läßt sich nicht umkehren. Der Erbe, der einem Erbschaftsgläubiger gegenüber die Rechtswohlthat in Anspruch nimmt und damit nicht durchdringt, ist mit seinem Rechte gehört worden. In dem vorausgesetzten Falle aber ist der später auftretende Gläubiger nicht gehört worden. Es kann ihm daher unmöglich ein Präjudiz daraus erwachsen, daß ein anderer Gläubiger die gehörige Geltendmachung seines Rechts versäumt hat.

---

§ 430. «Vormünder oder Curatoren können zwar durch Verabsäumung der Fristen ihre Pflegebefohlenen und Curanden der Rechtswohlthat nicht verlustig machen.»

§ 431. «Sie müssen aber von den Gerichten zur gehörigen Einbringung des Inventarii durch Strafen und Execution angehalten werden.»

§ 432. «Andere Verwalter fremder Angelegenheiten schaden durch ihre Verabsäumung ihrem Prinzipal; sie werden aber nicht nur diesem wegen des daraus entstehenden Nachtheils, sondern auch den Erbschaftsgläubigern, wegen Verdunkelung der Masse verhaftet.»

81. Nach römischem Recht haben Minderjährige in Betreff der Rechtswohlthat des Inventars kein Privilegium, sondern sind im Falle der Verabsäumung dessen, was zur Wahrung derselben erforderlich ist, an das Rechtsmittel der Restitution oder eine Entschädigungsklage gegen ihre nachlässigen Vormünder verwiesen.[1])

---

[1]) Nov. 1 cap. 4 § 1: Pupillis autem et minoribus aetate, nihil nostra praejudicat lex. Est enim eis si quidem etiam secundum dictas a nobis causas

Dagegen stellt das Französische Recht den gleichen Grundsatz wie der § 430 auf, indem der Code civil art. 461 verordnet:

„Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire.“ [1])

Vom Inventario.

§ 434. «Ein jedes Inventarium muß ein möglichst vollständiges Verzeichniß aller zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke, und aller daran gemachten Ansprüche, soweit beide zur Zeit der Inventur, und durch die bei derselben angestellten Nachforschungen und Erkundigungen bekannt geworden sind, enthalten.»

§ 435. «Die Angabe des Werthes der Vermögensstücke, oder doch eine solche Beschreibung derselben, woraus der Werth erforderlichen Falls näher beurtheilt werden könne, ist bei einem jeden Inventario nothwendig.»

§ 436. «Ob der Erbe das Inventarium gerichtlich aufnehmen lassen, oder es selbst anfertigen wolle, hängt in der Regel von seiner Wahl ab.»

§ 437. «Ist jedoch der Nachlaß, auf den Antrag der Gläubiger, zu ihrer Sicherheit gerichtlich versiegelt

---

laedantur, duplex quoddam subsidium: et per restitutiones, et per viam contra negligentes tutores vel curatores.

Codex Fabrian. Lib. II tit. 26 def. 2: . . . cum aliquando quareretur, an tempus conficiendi inventarii cucurrisset pupillo tutorem habenti, placebat cucurrisse, nec sine beneficio in integrum restitutionis pupillo, ut post lapsa conficiendi inventarii tempora heredem se diceret cum beneficio legis et inventarii: quamvis in integrum restitui utique possit, si id malit quam indemnitatem exigere a tutore . . . Ita Senatus Sabaudiae Sept. 1592.

Vergl. dagegen Baierisches Landrecht Th. III Kap. 1 § 18 Nr. 14, wonach den minderjährigen Personen „die Unterlassung der Inventur nicht schädlich sein soll, wenn sie nur das an sich Gebrachte wieder erstatten, und zum Inventarium bringen.“

[1]) Auch der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Großherz. Hessen Abth. 3, gibt im Art. 250 die Rechtswohlthat des Inventars den Minderjährigen und

worden (§ 387); oder können dieselben wahrscheinliche Gründe zur Besorgniß, daß der Nachlaß unzureichend sein werde, nachweisen; so muß das Inventarium, auf ihr Andringen, gerichtlich aufgenommen werden.»

§ 438. «Auch Privatinventaria sind nach dem den Landes-Justizcollegiis jeder Provinz vorgeschriebenen Formular einzurichten.»

§ 439. «Wenn einem Privatinventario die §§ 434, 435 vorgeschriebenen Erfordernisse dergestalt ermangeln, daß dadurch die Ausmittelung der Beschaffenheit des Nachlasses unmöglich wird, so findet gegen den Erben die Vorschrift § 427 Anwendung.»

82. Diese, an einer gewissen Schwerfälligkeit leidenden Vorschriften geben zu manchen Zweifeln Veranlassung, welche jedoch von der Praxis glücklich gelöst sind.[1])

Die Hauptfrage ist:

welche hier vorgeschriebenen Erfordernisse des Erbschaftsinventars als wesentliche, also als solche anzusehen sind, deren Verabsäumung den Verlust der durch die gehörige Anfertigung des Inventars bedingten Rechtswohlthat zur Folge hat.[2])

Entmündigten schon von Rechtswegen, weil — wie die Motive sagen — sie sich nicht selbst vertreten können und durch die Fehler ihrer Vertreter, selbst ihrer Eltern, nicht Schaden leiden sollen.

[1]) Vergl. v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des Allg. Landrechts I. S. 247.

[2]) Vergl. Mevii Decis. II. 356 ... Etsi lex vel mos aliqua circa inventarii formationem requirit, attamen non statim ita esse substantialia, ut, iis non adhibitis, totum inventarium corruat, et inde heres ejus beneficio privetur, sed quae in eo leviora sunt minorisque momenti, parum curari: cetera omissa etiam aliter non nocere, quam si per fraudem omissa et in detrimentum creditorum vergentia sint ...

Quod arguitur, non esse omnia, quae defunctus reliquit, bona in inventario descripta, hoc non ad excludendum a beneficio inventarii heredem, sed ad examen et indaginem ulteriorem, illo de cetero salvo, pertinet: de quo ad alium processum partes remittendae, interim juxta inventarii jura procedendum decernendamque erit. Si etiam quid deesse deprehendatur, supplemento inventarii locus erit, maxime si per protestationem id reservatum fuerit. Si quae etiam ex descriptis obscurius aut non satis accurata significatione qualitatis atque quantitatis designata sunt, levius id est

Der § 439 entscheidet diese Frage, indem er die in den §§ 434, 435 gedachten als wesentliche erachtet wissen will,[1]) freilich mit einem Beisatze, der die Anwendung dieser Vorschrift wieder an besondere Voraussetzungen zu knüpfen scheint.[2])

Die §§ 434, 435 erfordern allein materielle Vollständigkeit des Inventars. Ist diese Voraussetzung vorhanden, so kann es auf die Form des Inventars nicht weiter ankommen.

Codex Fabrianus Lib. VI tit. XI def. 25: Inventarium praesertim solemne, cujus beneficio velit heres privilegium habere, ne teneatur ultra vires hereditatis, non aliter valere potest, quam si bonorum omnium mobilium et immobilium, quae in hereditate sunt, descriptionem contineat, eamque clare et distincte definitam per pondus, numerum et mensuram, qualitatem et quantitatem rerum hereditariarum, ne fraus ulla fieri possit. Ita Senatus Sabaudiae April. 1595.

Kaiserl. Land-Gerichts-Ordn. des Stiffts Würzburg und Herzogth. zu Franken Th. III Tit. LV § 8: „Demnach ordnen und setzen wir, . . . daß

---

quam ut ideo beneficium tollatur. In eo errari facile et omissum corrigi atque suppleri potest . . .

Vergl. auch v. Bülow und Hagemann, pract. Erört. IV. Nr. 62 und 77.

[1]) Suarez spricht sich in der revisio monitorum dahin aus: „. . . Es scheint nothwendig, die Definition des Inventarii und die Essentialia desselben hier zu bestimmen, weil sonst die von einigen Monenten aufgeworfene und offenbar hierher gehörende Frage nicht entschieden werden kann, was es für eine Wirkung habe, wenn ein Privatinventarium nicht in der gehörigen Form aufgenommen worden, und in wiefern der Verlust des beneficii inventarii Statt finde oder nicht. Ich würde daher die requisita essentialia eines Inventarii bestimmen, und die Folge der Versäumung der requisitorum festsetzen. Denn daß ein Inventarium, aus welchem der Werth der Vermögensstücke gar nicht zu entnehmen ist, die rechtliche Wirkung eines gesetzlichen Inventarii nicht haben könne, fällt in die Augen. Dagegen würde es aber auch hart sein, ein Inventarium bloß um deswillen ganz zu verwerfen, weil die Taxe nicht von vereideten Sachverständigen aufgenommen worden."

Gesetz-Revision, Pensum XVI. S. 26.

[2]) Vergl. Präjud. des Ob.-Trib. vom 9. Mai 1845: Der Verlust der Benefizialqualität wird durch die Unvollständigkeit des Nachlaßinventars an sich herbeigeführt, und weder dadurch beseitigt, daß von dem klagenden Gläubiger ein besonderer, ihm aus der Unvollständigkeit, oder nicht rechtzeitigen Einreichung des Inventars entstandener Schaden nicht nachgewiesen worden — noch dadurch, daß dem Kläger der Zustand des Nachlasses anderweitig bekannt geworden — noch endlich dadurch, daß es unter Beseitigung des von dem Erben gelegten Inventars, auf andere Art möglich geworden ist, die Beschaffenheit des Nachlasses auszumitteln.

derjenige, ſo die Erbſchafft mit einem Inventario antretten will, . . . alle und jede des Verſtorbenen hinterlaſſene Haab und Güter, liegend und fahrend, auch alle Recht und Gerechtigkeit, Schulden und Gegen-Schulden, nichts außgenommen, beſchrieben . . . werde.

Baieriſches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 18: Das Inventarium iſt eine Beſchreibung ſämmtlicher Verlaſſenſchaft ſowohl an liegenden als fahrenden Gütern, Rechten und Gerechtigkeiten, Activ- und Paſſiv-Forderungen . . .[1])

Verordnung für Debit- und Nachlaßſachen der freien Hanſeſtadt Bremen vom 24. Mai 1843 § 296. „Das Inventar muß ein vollſtändiges Verzeichniß aller Beſtandtheile des Nachlaſſes und aller daran erhobenen Anſprüche, ſoweit beide zur Zeit der Inventur und durch die bei derſelben angeſtellten Nachforſchungen bekannt geworden ſind, enthalten:"

§ 297. „Die Aufnahme des Inventars geſchieht nach Vorſchrift der Notariatsordnung, doch kann das Gericht bei geringfügigen Verlaſſenſchaften einen Gerichtsboten damit beauftragen. Der anderweitigen gemeinrechtlichen Förmlichkeiten bedarf es bei dieſer Aufnahme nicht."

Zur Ueberſicht des Aktivbeſtandes gehört auch weſentlich die Angabe des Werthes der einzelnen Vermögensſtücke oder doch eine ſolche Bezeichnung derſelben, die ihren Werth erkennen läßt.

Vergl. Erbſchaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I § 31 d: „Es ſoll kein Inventarium, ohne Würdigung der beweglichen Stücke, durch geſchworene Taxatores, errichtet werden, außer daß bei Büchern eine genaue Beſchreibung derſelben, mit Anführung der Tituls und der Edition, ohne Taxe genug iſt."

Mevii Decis. II. 356 i. f.: . . . Aestimationem quod attinet, Justinianea lex illam non requirit, aut inter solennitates posuit. Ubi simul fieri solet, ex usu valet, et quaerendum, an ex eo ad formam spectet . . .

Ein minder wichtiges Erforderniß iſt die vollſtändige Angabe des Paſſivbeſtandes der Erbſchaft — „aller daran gemachten Anſprüche."

---

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Comment. B. 41 S. 426: Eine durch keine rechtlich zureichende Gründe unterſtützte Behauptung mancher Rechtslehrer iſt die, daß es eines Inventars nicht bedürfe, wenn bekannt iſt, aus welchen Gegenſtänden die Erbmaſſe beſteht, und daß es darum in vielen Fällen ganz unnöthig ſei, die Immobilien mit in das Inventarium aufzunehmen (Strube, rechtl. Bedenken IV. 95 Nr. 2). Das Geſetz hat einmal vorgeſchrieben, daß ein vollſtändiges Güterverzeichniß aufzunehmen ſei; poſitivrechtliche Beſtimmungen dieſer Art ſchließen von ſelbſt Modificationen und Einſchränkungen aus, wodurch ihre ſichere Anwendung untergraben wird. Dagegen verſteht ſich von ſelbſt, daß entſchuldbare Unwiſſenheit hierbei ebenſowohl, wie ein factiſches Hinderniß zu berückſichtigen iſt . . .

Denn es handelt sich hierbei nur um das Interesse des Erben selbst, nicht um das der Erbschaftsgläubiger und Legatarien.

Joh. a Sande, Decis. Frisic. Lib. IV tit. XII def. 4. Heredem non privari beneficio inventarii, quamvis non omne aes alienum defuncti retulerit in inventarium.

Doctores vulgo aes alienum, seu omnia defuncti debita in inventarium referri volunt. Sed magis est, ob eorum omissionem inventarium non vitiari . . . Praecepit enim Justinianus inventarium confici super iis rebus, quas defunctus mortis tempore habebat, debita autem non habentur, nec dici possunt fuisse in bonis defuncti debitoris, sed potius sunt in bonis creditorum . . . Et ita Senatus (suprema Frisiorum curia) censuit 30. Maj. 1609.[1])

Namentlich kommt hier die Befugniß des Erben zur Sprache, die Begräbniß-, Testaments- und Inventurkosten im Inventar in Ansatz zu bringen.

L. 22 § 9 C. de jure delib. (6, 30): In computatione autem patrimonii damus ei licentiam, excipere et retinere quicquid in funus expendit,[2]) vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse . . .

Brunnemann com. in C. ad l. ult. de jure delib. (6, 30) nr. 33: Facto inventario, ea, quae ob funus defuncti aut confectionem inventarii, vel in testamenti insinuationem, vel alias causas necessarias expensa sunt, tanquam aes alienum ex hereditate sunt deducenda. Quamvis enim fiant favore heredis hi sumptus, quia tamen etiam favorem creditorum ex parte respiciunt, ut illi notas habeant vires et facultates, ideo merito his expensis privilegium tribuitur. Carpzov. III const. 33 def. 17.

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 18 Nr. 10: „. . . (Der Benefizialerbe) hat auch das Retentions-Recht wegen der auf die Verlassenschaft oder Begräbniß des Erblassers verwendeten passirlichen Kosten . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 549. „Zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten gehören auch die Kosten für das dem Gebrauche des Ortes, dem Stande und dem Vermögen des Verstorbenen angemessene Begräbniß."

---

[1]) Vergl. Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 56 nota η: . . . Secus autem est, si omissum aliquid fuerit, quo minuitur hereditatis quantitas, v. gr. aes alienum, propter cujus omissionem heres nulla afficitur poena; si quidem hoc ipsum in heredis magis, quam aliorum, cederet damnum, nec dolo malo, gefährlicher Weise, factum dici posset.

[2]) Voet com. ad P. XXVIII. 8 nr. 23 bemerkt dazu: Dummodo funeris impensae modum non excesserint, utcunque quaedam in pompam sepulturae pro defuncti qualitate et more regionis erogata fuerint, sine quibus honeste duci funus haud potuisset. Resp. Juriscons. Holl. p. V cons. 175.

§ 802. „Wird die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventariums angetreten, so ist sogleich vom Gerichte das Inventarium auf Kosten der Masse aufzunehmen.“ [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2329. „Ist die Erbschaft zahlungsunfähig, . . . so ist der Erbe berechtigt, die wegen der Erbschaft aufgewendeten Kosten, insbesondere die auf die Beerdigung des Erblassers, auf die Ueberreichung und Eröffnung des letzten Willens und auf das Nachlaßverzeichniß verwendeten, vorweg abzuziehen.“

83. Hat der inventarisirende Erbe Nachlaßgegenstände unterschlagen oder verheimlicht, so trifft ihn nach römischem Recht zwar nicht der Verlust der Rechtswohlthat des Inventars, wohl aber eine besondere Strafe, die poena dupli.

L. 22 § 10 C. de jure delib. (6, 30): . . . illo videlicet observando, ut si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel hereditatis quantitatis computare compellantur. [2])

Nach unserem Rechte wird jedoch in diesem Falle unbedenklich der § 439 zur Anwendung zu bringen, also der Erbe der Rechtswohlthat für verlustig zu erachten sein.

Der Code civil bestimmt dies ausdrücklich:

Art. 801. „L'héritier qui s'est rendu coupable de recélé, ou qui a omis, sciemment et de mauvaise foi, de comprendre dans l'inventaire des effets de la succession, est déchu du bénéfice d'inventaire.“

---

[1]) Vergl. auch Ges. vom 9. August 1854 § 111.

[2]) Struv, synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 56: Rebus quibusdam in inventario omissis, dist. an ex negligentia vel ignorantia fuerint omissae, et tunc heredes nullam poenam incurrunt — an vero dolose quaedam in inventarium non relatae, et quidem beneficium inventarii non amittit heres, sed duplum rei celatae vel surreptae restituere compellitur . . . Hodie simplum restituere debet, et arbitrarie punitur. Richter dec. 59 nr. 18.

Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. XII def. 5: . . . Quid statuendum, si heres convictus sit, quod aliquid ex hereditate surripuerit, celaverit vel amoverit? Variae Doctorum sunt opiniones, et quidem quinque diversas refert Grivellus decis. 143 nr. 7. Plerisque placuit hunc heredem beneficio inventarii privandum, et doli nomine hactenus coërcendum, ut creditoribus et legatariis in solidum sive supra vires hereditatis teneatur . . . Quae sententia, quamvis rationem et aequitatem habeat (qui enim abutitur privilegio, illud debet perdere, et indignus legis beneficio, qui in

Eine gleiche Bestimmung findet sich schon in der Kaiserl. Land-Gerichts-Ordnung des Stiffts Würzburg und Herzogthums zu Franken Th. III Tit. LV § X:

> „Würde aber der Erb in Inventirung des Verstorbenen Haab und Güther etwas gefährlicher Weise hinterhalten, verschweigen, und nicht in das Inventarium kommen und beschreiben lassen, und sich dasselbige beständig hernacher befünde, so soll ihm das gemachte Inventarium weiter nicht nutz oder fürträglich, sondern er von wegen solches begangenen Betrugs schuldig und verbunden seyn, alle Legata und Schulden gäntzlich ohne Abgang, da es gleich die Erbschafft nicht erreichen thut, von dem seinigen zu bezahlen und außzurichten." [1])

84. Die im § 439 enthaltene ausdrückliche Hinweisung auf die Vorschrift des § 427 stellt es außer Zweifel, daß in dem vorausgesetzten Falle der Erbe, gleich demjenigen, der die zur Einreichung des Inventars bestimmten Fristen versäumt, kraft des Gesetzes (ipso jure) der Rechtswohlthat verlustig wird.

Dieser Grundsatz gilt auch im gemeinen Recht.

Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 57 nota α: . . . Heres inventarium minus solenni atque legali praescripto modo non conficiens, indignus est beneficio, ita ut contra aeris alieni molem securus esse nequeat, sed creditoribus omnem illam de propriis sui patrimonii viribus exsolvere teneatur. Neque enim ullo legis remedio heredi subvenire fas est, si quidem lege

---

legem peccavit); aliter tamen jus constitutum videtur in l. ult. § 20 C. de jure delib. . . .

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 18. „. . . 15to Verliert der Erbe, welcher vor oder unter der Inventur von der Verlassenschaft etwas unterschlägt, zwar obige Freyheiten nicht, wird aber zur Restitution angehalten und willkührlich gestraft."

[1]) Eine gleiche Vorschrift enthält auch das Württemberg'sche Landrecht.

Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 56 nota η: . . . Jure Wuertembergico si animo doloso aliquid (so nicht gar geringschätzig) celaverit heres, universa tenetur praestare legata, et omne aes alienum exsolvere Land-Recht p. 3 tit. 22 § und da ein Erb . . .

Daß im Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuche kein civilrechtlicher Nachtheil auf die Unterschlagung oder Verheimlichung von Inventursgegenständen gesetzt ist, bezeichnet Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich S. 164, als einen wesentlichen Mangel.

Der Großh. Hessische Entwurf Abth. 3 Art. 275 bestimmt: „Der Erbe verliert die Rechtswohlthat des Vermögensverzeichnisses und wird als Erbe ohne Vorbehalt behandelt, wenn er Gegenstände, die zum Nachlasse gehören, bei der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses verheimlicht hat."

non juvantur, qui in eam committunt. Unde et privationem beneficii inventarii instar poenae ipso jure infligi, succlamat Joh. Pet. Surd. decis. 216 nr. 37. Bucholz de invent. th. 104.

---

§ 440. «Ein jedes Privatinventarium muß auf Erfordern derjenigen, welche ein Interesse dabei haben, von dem, welcher es aufgenommen hat, eidlich bestärkt werden.»

§ 441. «Auch ein gerichtliches Inventarium muß der Erbe eidlich bestärken, wenn entweder gar keine Siegelung vorhergegangen ist, oder wenn er dieselbe später als vier und zwanzig Stunden nach der Zeit, da der Erblasser verstorben ist, nachgesucht hat.«

85. Vergleiche:

L. 22 § 10 C. de jure delib. (6, 30): Licentia danda creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est, approbare . . . vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint . . .[1])

Erneuerte Frankfurter Reformation von 1611 Th. 6 Tit. 3 § 11: „Es soll auch denen Legatarien, Gläubigern und allen andern, so der Erbschaft halber Interesse haben mögen, zugelassen sein, gegen das Inventarium, wenn sie vermeinen, daß es nicht rechtmäßiglich nach dieser Ordnung gemäß auffgericht, oder daß nicht alles darin trewlich gebracht sein sollte, nicht allein ihre Einreden zu thun, sondern auch sie die Erben, so inventiren lassen, auff den Eyd, daß nichts durch sie hinderhalten, sondern alles so ihnen bewußt, trewlich in das Inventarium kommen sey, zu bringen."

---

[1]) Von den gemeinrechtlichen Schriftstellern, welche diesen Eid behandeln, sind hervorzuheben:

Rödiger, Versuch einer vollständigen Entwickelung der Lehre vom Manifestationseide (Leipzig 1831).

Walther, Genetische Entwickelung der Lehre vom s. g. Manifestationseide (Marburg 1859) S. 32 ff.

Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Comment. B. 41 S. 409—415.

Thop, Ueber den Manifestationseid in der Executionsinstanz (im Archiv für die civil. Praxis B. 40 S. 178 ff).

Renaud, Zur Lehre vom s. g. Manifestationseide (im Archiv für pract. Rechtswissensch. B. 8 S. 110 ff.).

Derselbe im Archiv für die civil. Praxis B. 43 S. 201 ff.

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 18: „. . . 19no Dafern die Gläubiger oder andere Interessenten vermeinen, daß zu ihrem Nachtheile von der Erbschaft etwas hinterschlagen worden, so mögen sie dieses beweisen, oder gegen den, welcher im billigen Verdachte desfalls ist, auf den Manifestations-Eid treiben, nachdem der Eid der Bosheit vorläufig von ihnen abgelegt worden."

86. Die Natur und Bedeutung des in den §§ 440, 441 gedachten Eides ist in dieser Vorschrift selbst deutlich angegeben. Es ist ein nothwendiger Eid[1]) und zwar ein Manifestations-Eid,[2]) der zur Bestärkung des von dem Erben durch das Inventar selbst geführten Nachweises dient und somit den Interessenten die Ueberzeugung von der Richtigkeit und Vollständigkeit des gelegten Inventars verschaffen soll.

Der Benefizialerbe hat den Erbschaftsgläubigern und Legatarien den Bestand der Erbschaft, als den alleinigen zu ihrer Befriedigung vorhandenen Fonds, nachzuweisen. Dieser Pflicht genügt er aber an sich schon vollständig durch Vorlegung eines vorschriftsmäßigen Inventars. Es ist nun Sache der Interessenten, ihre Erinnerungen dagegen vorzubringen. Dies kann aber mit Wirksamkeit in keiner anderen Weise geschehen, als daß sie bei den betreffenden Punkten den Gegenbeweis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Inventars übernehmen — ein Beweis, der natürlich auch durch Eideszuschiebung geführt werden kann.

Bartolus, com. ad l. 12 § 10 C. de jure delib.: Creditores et legatarii possunt probare majorem esse substantiam hereditatis, quam in inventario sit conscriptum, etiam de domo heredis probatio assumitur. Heres ostendit inventarium, dicens: hoc est in hereditate. Legatarii et creditores, si velint dicere, plus esse in hereditate, ipsi probent, ut aperte dicit hic textus.

Wissenbach, com. ad l. c.: Utut solenniter confectum sit inventarium, Justinianus tamen legatariis et creditoribus liberum esse vult, inventarii fidem convellere, si probare possint, non omnia bona defuncti esse descripta bona fide: atque etiam probationem ex domo hereditaria contra heredem posse petere . . .

Mascardi de Probat. conclus. 205 nr. 1: Bona non sufficere ad solvenda debita hereditatis, probatur per inventarium ab herede exhibitum, asserente non esse, nec reperiri alia bona in hereditate, et transfert onus probandi in adversarium . . . nr. 8 sq. Praesumptio enim est pro herede, illum omnia bona descripsisse in inventario,

---

[1]) § 1 Tit. 22 der Proz.-Ordn.
[2]) § 28, § 29 Nr. 3 a. a. O.

caeteroquin praesumeretur deliquisse, quod non est dicendum. — Istis addatur, quod negativa probatur per scripturam; quia hic actus, de quo agitur, solet authentice describi, unde dicetur negativa coarctata scriptura, quae per scripturam probatur . . . Nam si negativa non probaretur per inspectionem inventarii, frustra esset heredi concessum beneficium inventarii, qui non posset probare hanc negativam, hoc est, in hereditate non esse alia bona; quia hujusmodi negativa est vaga, quaeque non possit probari . . . nr. 21. 22. Tanta est praesumptio pro inventario per heredem confecto, ut transferat onus probandi in adversarium . . ., et ita etiam intelligenda sunt omnia dicta Dd. qui dicunt, habere fundatam intentionem ex inventarii scriptura . . .

Idem. l. c. concl. 553 nr. 1. Heres ex ipso, quod dicit, certa bona tantum fuisse non plura in hereditate ad effectum . . . non solvendi creditoribus vel legatariis, si confecerit inventarium, est ei credendum, quia ejus intentio est fundata eo ipso, quod non probetur contrarium, et isto casu creditoribus, vel legatariis asserentibus contrarium, incumbit onus probandi . . .

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. III § 22: . . . In quo si sit controversia inter heredem et creditores, aut legatarios de quantitate patrimonii, ut hi in patrimonio plus esse dicant, quam heres esse contendit; placet, ipsos hoc probare debere. Unde intelligimus, in re dubia inventario stari: sic tamen, ut creditoribus aut legatariis deferentibus, ut juret heres non plus esse, quam dicit, jurare debeat. Quodsi creditores, vel legatarii probari velint plus esse, placet esse audiendos: ut si probaverint, quod amplius est, computetur in hereditate, et si heres id amoverit, aut amovendum curavit, jubetur duplum restituere, aut in hereditate computare . . .[1])

Der von den Intereſſenten, dem Beneficialerben gegenüber, geſtellte Antrag auf Ableiſtung des hier in Rede ſtehenden Eides darf jedoch nicht, wie es von älteren und neueren Rechtslehrern meiſtens geſchieht,[2])

[1]) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 409: Für die Wahrheit und Richtigkeit der in einem gehörig errichteten Inventar enthaltenen Angaben ſtreitet eine rechtliche Präſumtion, oder, mit anderen Worten, das Inventar begründet den Beweis der Wahrheit aller der darin enthaltenen Aufſätze; allein Alle, die dabei ein rechtliches Intereſſe haben (inſonderheit Gläubiger und Vermächtnißnehmer), ſind befugt, die Unrichtigkeit durch rechtlich zuläßige Beweismittel darzuthun; ergiebt ſich alsdann, daß der Erbe Sachen verhehlt, unterſchlagen oder auf die Seite gebracht hat, ſo muß er den doppelten Werth der Maſſe vergüten.

[2]) Vergl. Leyser, Medit. ad P. spec. 364 med. 6 u. 7: Heredi, etsi solenne inventarium conficiat, jusjurandum tamen super eo, quod nihil in eo omiserit, deferri potest. — Nec opus est, ut deferens defectus antea indicet et demonstret.

Thop a. a. O. S. 193: Als ein Mittel des directen Gegenbeweiſes gegen den durch das Inventar als eine öffentliche Urkunde vollbewieſenen Erbſchafts-

als Antretung eines Gegenbeweises mittelst Eideszuschiebung aufgefaßt werden — eine Ansicht, die sich schon durch die Erwägung als unrichtig ergibt, daß ein solcher Gegenbeweis immer nur auf bestimmte Thatsachen gerichtet werden kann. Der hier fragliche Eid, wie er sich in den §§ 440, 441 darstellt, ist vielmehr ein Bestärkungsmittel, zu dessen Gebrauche der Erbe genöthigt werden kann, um dem von ihm vorgelegten Inventar volle Beweiskraft zu verschaffen. Er bildet somit ein Moment, welches dem an sich schon durch das vorschriftsmäßige Inventar geführten Beweise auf Verlangen der Interessenten noch hinzutreten muß, um ihnen nicht allein die volle Ueber-

---

bestand würde der fragl. Eid unzulässig sein. Da er aber dazu bestimmt ist, eine Thatsache, von der jener Beweis nichts enthält, das Dasein eines außer dem Inventar vorhandenen zur Erbschaftsmasse gehörigen superfluum in Gewißheit zu setzen, da er sich also mit einem andern factischen Verhältnisse beschäftigt, so wird er mit Recht als ein Mittel für den indirecten Gegenbeweis behandelt und als statthaft betrachtet. Sein Gebrauch hängt von dem Willen und Antrage der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer ab. Er ist deshalb ein freiwilliger, ein zugeschobener Eid. Ein solcher muß allerdings streitige, relevante Thatsachen betreffen; aber keineswegs ist es erforderlich, daß dieselben einige Wahrscheinlichkeit für sich haben, m. a. W. daß in dieser Hinsicht schon Verdachtsgründe gegen den Delaten vorliegen. Folglich brauchen auch die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer sich nicht auf Umstände, aus denen sich ihr Glaube an einen größeren Vermögensbestand rechtfertigen läßt, zu berufen und dieselben zu beweisen. Eine andere Frage ist, ob die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, wenn sie ihr Recht auf Ableistung des Manifestationseides geltend machen wollen, verbunden sind, bestimmte Gegenstände zu nennen, die sie in dem Inventar vermissen. Aus den Worten des Gesetzes läßt sich nichts entnehmen. Doch würde im Falle der Bejahung die eingeräumte Befugniß der Eideszuschiebung gewöhnlich eine illusorische sein, da diese in der Regel gar nicht in der Lage sind, über die einzelnen Bestandtheile des Nachlasses Gewißheit zu erlangen. — Der Eid hat nun einmal eine abnorme Natur, wie seine Subsidiarität beweist . . .

So sagt auch Renaud im Archiv für pract. Rechtswiss. B. 8 S. 113: Wie die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer einen solchen Gegenbeweis in Anwendung der allgemeinen Beweisregeln versuchen können, so räumt ihnen die Const. ult. § 10 C. de jure delib. zu dem nämlichen Zwecke subsidiär als ein außerordentliches Beweismittel in der an den Erben gestatteten Eidesdelation an, ein Beweismittel, dessen Eigenthümlichkeit darin besteht, daß der Deferent auf seinen bloßen Glauben hin, es sei die Verlassenschaft größer als das Inventar ausweise, ohne Angabe angeblich verschwiegener Erbschaftsstücke, seinen Gegner zur eidlichen Bekräftigung des Verzeichnisses, oder m. a. W. zur eidlichen Versicherung, daß er nichts entwendet oder verschwiegen habe, anhalten kann.

zeugung von der Richtigkeit des Inventars, ſondern auch eine Sicherheit dafür zu gewähren, daß der Erbe die ihm unbekannt gebliebenen, etwa in der Folge noch ermittelten Nachlaßſtücke getreulich anzeigen werde.[1])

Dieſer Geſichtspunkt führt auch allein zur richtigen Entſcheidung der Frage:

> wie es denn zu halten ſei, wenn der Benefizialerbe den von den Erbſchaftsgläubigern oder Legatarien erforderten Manifeſtationseid entſchieden verweigert?

Denn bildet der gedachte Eid eine nothwendige Ergänzung der dem Benefizialerben obliegenden Nachweiſung des Erbſchaftsbeſtandes, ſo iſt ohne dieſen Eid das beigebrachte Inventar nicht für genügend zu erachten; es fehlt an einem weſentlichen Erforderniſſe, das noch hinzutreten muß, um ſeine Richtigkeit und Vollſtändigkeit zu bewahrheiten. Die Folge der Eidesweigerung kann daher keine andere ſein, als daß der Erbe, in Anwendung des § 439 und § 427 d. T., der Rechtswohlthat des Inventars verluſtig erachtet wird.[2])

---

[1]) Proz.-Ordn. Tit. 22 § 33: „Dieſer Eid (der Manifeſtationseid) muß allemal das Verſprechen enthalten, wenn ſich in der Folge ergeben ſollte, daß etwas außer Acht gelaſſen worden ſei, davon noch getreulich Anzeige zu thun . . ."

[2]) Die Praxis des gemeinen Rechts ſtimmt hiermit nicht überein. — Renaud im Archiv für praet. Rechtswiſſenſch. B. 8 S. 116, 117 ſagt hierüber: „Wenn nun von den Folgen der Verweigerung des ſ. g. Manifeſtationseides in der const. ult. C. de jure delib. nicht die Rede, ſo geſtattet dagegen die Praxis nach dem übereinſtimmenden Zeugniſſe der Rechtslehrer dem Deſerenten hier ſein Intereſſe mittelſt eines juramentum in litem feſtzuſtellen (Conradi diss. de jure manifest. Marb. 1723 th. XIII; Rödiger a. a. O. S. 59; Wetzell, Syſtem S. 184), welches freilich weit über die Gränzen des röm. Würderungseides hinausgeht und vielmehr eine Analogie mit dem Eide darbietet, den jene const. § 14 gegen den Erben geſtattet, der, nachdem er um eine Deliberationsfriſt gebeten, die Erbſchaft, ohne rechtzeitig inventariſirt zu haben, ausgeſchlagen . . . Da nun der Schaden in der Verheimlichung oder Unterſchlagung von Erbſchaftsſtücken beſteht, welche in Folge der Eidesverweigerung als hergeſtellt zu betrachten, ſo iſt der Schätzungseid auf den vermeintlichen Werth jener Gegenſtände zu richten. So verhält es ſich auch, wenn ein Erbſchaftsgläubiger die Bezahlung einer ihm geſchuldeten Summe, ein Vermächtnißnehmer diejenige des Vermächtniſſes fordert, während der Erbe ſich derſelben auf Grund der Unzulänglichkeit der inventariſirten Erbſchaft weigert. Denn auch hier beſteht der dem Kläger zugefügte Schaden in der Auslaſſung von Erbſchaftsſtücken aus dem Inventar, welche in Folge der Eidesverweigerung als erwieſen anzunehmen, während ſich der Werth dieſer Gegenſtände nicht ermitteln und daher nicht beſtimmen läßt, um wie viel

Aus der Natur des in Rede ſtehenden Eides, als eines nothwendigen, folgt zugleich, daß derſelbe nicht zurückgeſchoben werden kann,[1]) ſo wie, daß eine Gewiſſensvertretung hier nicht geſtattet iſt.[2])

87. Daß das in öffentlicher Urkunde aufgenommene Inventarium nur unter der im § 441 angegebenen Vorausſetzung der eidlichen Beſtärkung bedarf, wird auch nach gemeinem Rechte angenommen.

Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 58 nota ξ: . . . IX. Ob rerum post obitum defuncti vel plane non, vel justo tempore non factam obsignationem, et ortum inde dissipatae hereditatis suspicionem posse arctari heredes, ut inventarium etiam rite solenniterque confectum, utut huic alioquin ut instrumento publico fides sit, donec contrarium doceatur, jurisjurandi religione corroborent ac muniant.

X. Justo tempore suscepta bonorum obsignatio expilatae hereditatis suspicionem tollit, a molesta inquietatione liberat, probandique onus in majorem substantiam a defuncto esse relictam asserentes devolvet, nec inventarium confectum jurato specificari opus erit.

88. In Betreff des Satzes, daß auch der Erbeserbe zur Ableiſtung des Manifeſtationseides, der ſeinem Erblaſſer oblag, verpflichtet iſt, wird auf die Abhandlung Renaud's im Archiv für die civil. Praxis B. 43 S. 203–206 und die daſelbſt angeführten Schriftſteller Bezug genommen.[3])

---

die Erbſchaft nicht erſchöpft; weshalb denn auf jenen vermeintlichen Werth der Würderungseid zu richten."

Ein ſolcher Eid wäre jedoch für den Gewiſſenhaften, dem jede Kenntniß von den muthmaßlich verſchwiegenen Erbſchaftsſtücken abgeht, eine ſehr mißliche Sache.

[1]) Rödiger a. a. O. S. 44 f. Renaud a. a. O. S. 117.

[2]) Vergl. Renaud a. a. O. S. 118.

Mit Unrecht nehmen das Gegentheil an Carpzov. defin. P. III const. 33 def. 8; Malblanc doctr. de jurej. § 48 VIII.

Rödiger S. 45 f.

Ein gemeiner Gerichtsgebrauch für die Zuläßigkeit der probatio pro exoneranda conscientia läßt ſich nur beim Schiedseide nachweiſen.

[3]) Vergl. auch Hommel, Rhaps I. 22: Quondam apud nos vulgaris opinio tenebat: heredem heredis non teneri juratam specificationem edere, attamen mense Febr. 1758 collectis suffragiis contrarium placuit, ex quo tempore heredi quoque heredis eam injungi mos est, ita tamen, ut tantum de credulitate jaret. Nec liberatur ergo heres heredis a manifestatione jurata si possibile sibi non esse allegaverit. Nam tale jusjurandum Tribunali Cellensi propterea non visum fuit impossibile, quod non alind ejurare debeat, quam se omnia, quae sciat noveritque, consignasse, nec quidquam dolose remisisse.

Erkenntniß des Kammer-Gerichts zu Berlin von 1761: In Erbſchafts-

§ 442. «Gegen jedes Inventarium kann ein Interessent, der zu dessen Aufnehmung nicht mit vorgeladen, oder dabei zugezogen worden, Erinnerungen machen, und Erläuterungen darüber fordern.»

89. Die von Justinian in einem besonderen Gesetze[1]) gegebene Vorschrift, daß bei der Aufnahme des Inventars auch die am Orte anwesenden Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer oder deren Stellvertreter zur Wahrung ihres Interesses zugezogen werden sollen, ist in der gemeinrechtlichen Praxis außer Anwendung geblieben.[2])

Die erfolgte Zuziehung der Interessenten kann übrigens niemals die Wirkung haben, dieselben mit späteren Erinnerungen gegen das Inventar auszuschließen.[3]) Die ganze Vorschrift des § 442 erscheint daher bedeutungslos.

---

sachen sind nepotes vel heredes secundi gradus nicht verbunden, das juramentum manifestationis de veritate abzuleisten, sondern nur de credulitate ... (Hymmen's Beiträge zur jurist. Liter. Samml. 7 S. 73).

Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Hamm vom 8. Mai 1856 (in Sachen Drees wider Kißmer D. 59. 56): Der § 28 Tit. 22 der Prozeß-Ordn. enthält die allgemeine Rechtsregel, daß der Manifestationseid gefordert werden könne, wenn Jemand einen Inbegriff von Sachen oder Rechten ganz oder zu einem bestimmten Antheile anzeigen oder herausgeben soll. Diese Regel findet aber nicht allein auf den ursprünglichen Verpflichteten, sondern auch auf dessen successor universalis Anwendung. Hieraus ergibt sich aber die Hinfälligkeit des Einwandes der Verklagten, daß die Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides als eine obligatio personalissima nicht übergehen könne. Die Ableistung des Manifestationseides ist als eine selbständige Obligation nicht denkbar, sondern lediglich eine Folge der Verpflichtung zur Anzeige oder Herausgabe einer universitas rerum. Mit dieser Verpflichtung geht daher auch die Verbindlichkeit zur Leistung des Manifestationseides auf den Successor über.

[1]) Nov. I cap. 2 § 1 (vom Jahre 535).

[2]) Brunnemann com. in C. ad l. ult. de jure delib. nr. 15: ... apud nos quotidie non citatis creditoribus fieri videmus inventaria, cum non requiratur a Justiniano expresse vocatio creditorum, sed ea exemplo legatariorum fuerit inducta.

Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 55 nota α: ... II. Creditorum et legatariorum citatio ... pro supervacuo in Camera Imperiali habita ... Et ea omnia tam praecise in Germania non observari testis est Mynsinger const. 79 nr. 5.

Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Comment. B. 41 S. 362: Die Zuziehung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer pflegt h. z. T. zu unterbleiben.

[3]) Koch, Komment. zum A. L. R. B. 1 S. 603 Note 75.

Einschränkungen der Rechte eines Benefizialerben.

§ 443. «Wer eine Erbschaft bloß mit Vorbehalt antritt, der erlangt nur ein eingeschränktes Eigenthum des Nachlasses.»

§ 444. «Er muß also den Erbschaftsgläubigern, wenn er sich dieses Vorbehalts gegen dieselben bedienen will, über den Nachlaß, dessen Verwaltung und Nutzungen Rechenschaft ablegen.»

§ 445. «Doch haftet er denenselben nur für ein grobes und mäßiges Versehen.»

§ 446. «Seine Verfügungen über den Nachlaß sind, so lange ihm darunter nicht, auf Antrag der Gläubiger, gerichtliche Schranken gesetzt worden, in Ansehung des Dritten, der sich redlicher Weise in Verhandlungen mit ihm eingelassen hat, gültig.»

90. Der Benefizialerbe ist wirklicher Erbe und als solcher Repräsentant des Erblassers in Beziehung auf dessen Vermögensverhältnisse.[1])

Codex Fabrianus Lib. VI tit. XI def. 13: . . . Qui cum beneficio legis et inventarii hereditatem agnovit, non minus heres est, quam qui pure et simpliciter . . .

Mevii Decis. I. 39: Error est multorum, qui cum inventario hereditatem adeunt, heredes non esse, unde ea non infrequens exceptio, se non esse heredem, sed adiisse mediante inventarii beneficio.[2]) Non minus hi, quam qui simpliciter adiit, heredes sunt, nec alio jure ac loco censentur. Omnia de heredibus justa et constituta adversus illos obtinent, saltem in eo peculiari jure fruuntur, quod per leges aut mores beneficio inventarii additum fuit. Quatenus ex hoc quaedam heredi istud conficiendi relaxata aut indulta sunt, singulari utitur jure. In quibus non est illius aliquod peculiare beneficium, censetur nt pure heres, et ut heres tenetur ad ea, quae heredi et in heredem conveniunt.

Eodem. IX. 32 nota 4: Heres, etsi cum inventario tantum talis, vere tamen heres est, et ex quasi contractu creditoribus obligatur, hereditariorum dominus fit, ideo adversus ipsum ut debitorem et dominum fit condemnatio atque executio.

---

[1]) Vergl. die Abhandlung in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preußischen Rechts" I. S. 175.

[2]) Illum errorem ita castigavit et rectum docuit Faber in Cod. l. 6 tit. 11 def. 13.

Kaiserl. Hofdecret vom 9. April 1737[1]): „Wenn die Erben sich des beneficii legis et inventarii nur zu ihrer Sicherheit wegen Ungewißheit des Vermögens oder Schulden bedienen, die Erbschaft aber wirklich in Besitz nehmen, so werden solche Erben, ungeachtet des ihnen bleibenden beneficii legis et inventarii, vollkommen Domini und können mit dem ererbten Vermögen, obwohl sie davon künftighin denen vorkommenden Creditoren Rechenschaft geben müssen, doch immittelst und so lange es nicht dolose in fraudem creditorum geschieht, pleno jure disponiren . . ."

Gleichwohl wird derselbe in Beziehung auf die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer wie ein bloßer Vertreter des Nachlasses behandelt und daher insbesondere seine Haftung für die Schulden des Erblassers auf den Umfang und die Mittel der Erbschaft eingeschränkt.[2]) „Es findet somit eine rechtliche Trennung der beiden Vermögensmassen im Interesse und zu Gunsten des Erben statt: die Erbschaft bildet einen rechtlich abgesonderten Bestandtheil des Vorbehaltserben. Dieser behält zwar an sich das freie Verfügungsrecht über jenes Sondergut, allein er hat dasselbe im Interesse der Erbschaftsgläubiger wie ein fremdes mit aller Sorgfalt zu verwalten und darüber Rechnung zu legen. Da die Erbschaftsgläubiger an die Erbschaft als ausschließlichen Zahlungsfond gewiesen sind, so trifft Gedeih und Verderb der Erbschaft mittelbar auch sie. Zu den Erbschaftsgläubigern gehört auch der Vorbehaltserbe selbst sowohl mit seinen eigenen Forderungen an den Erblasser, als mit seinen Ansprüchen auf Ersatz der . . . für die Erbmasse gemachten Auslagen, welche letztere vorweg vom Nachlaß abzuziehen sind; dagegen muß der Vorbehaltserbe auch, was er dem Erblasser schuldete, in die Erbmasse einzahlen."[3])

Dieser Auffassung entgegen, wonach die rechtliche Stellung eines Benefizialerben allerdings eine Zwitternatur hat,[4]) ist in der

---

[1]) Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich S. 162 Note 18.

[2]) L. 22 pr. C. de jure delib. (6, 30): . . . quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur. § 4 . . . ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant . . . § 15 . . . in tantum teneantur, quantum in hereditate invenerint.

[3]) Unger, das österreich. Erbrecht S. 179.

[4]) Mit Recht bemerkt Ihering, Abhandlungen aus dem röm. Recht (1844) S. 153 Note 1: „Die Einführung des beneficii inventarii ist eine Neuerung, die dem Grundgedanken des Erbrechts Hohn spricht und die zur Zeit der classischen Jurisprudenz kein Kaiser vorgenommen haben würde. Das wissenschaftliche Interesse soll freilich eine Maßregel, die, wie jene, ein practisches

Abhandlung: „Ueber das Rechtsverhältniß des Benefizial-Erben in Beziehung auf die Erbschaftsgläubiger" (in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts" I. S. 169—191) die Ansicht geltend gemacht worden:

Durch die Beschränkung der Haftpflicht des Benefizialerben in Betreff der Nachlaßschulden auf den wirklichen Bestand der Erbschaft sei keineswegs für die Erbschaftsgläubiger die Nothwendigkeit herbeigeführt, ihre Befriedigung lediglich aus den in der Erbmasse befindlichen speciellen Sachen oder aus deren Erlöse zu suchen, die Rechtswohlthat des Inventars nicht dahin aufzufassen, daß sie den Erbschaftsgläubigern und Legatarien, statt einer Person, eine Vermögensmasse als verpflichtetes Rechtssubjekt gegenüberstelle, daß der Erbe nur als Verwalter und Vertheiler dieser für die Nachlaßschulden und Vermächtnisse allein verhafteten Masse in ein Obligationsverhältniß zu denjenigen trete, welche lediglich aus der Erbschaft selbst ihre Befriedigung zu suchen haben, und mithin nur für die in dieser Eigenschaft etwa begangenen Versehen mit seinem eigenen Vermögen aufkommen müsse. Die Rechtswohlthat des Inventars bringe nur die Aenderung hervor, daß der Erbe die Nachlaßschulden und Vermächtnisse bloß insoweit die Erbschaft ihm Deckung gewährt, auszuzahlen hat, also aus seinem übrigen Vermögen nichts aufzuopfern braucht. Allerdings mache dieses Privilegium seiner Natur nach eine rechtliche Sonderung der Erbmasse als eines juristischen Ganzen von dem übrigen Vermögen des Erben nothwendig; aber nur zu dem Zwecke, um zu ermitteln, inwieweit der Erbe die auf der Erbschaft lastenden Schulden und Vermächtnisse zu berichtigen habe, keineswegs in dem Sinne, daß die Erbschaftsgläubiger mit ihren Ansprüchen von dem eigenen Vermögen des Erben, soweit dieser sich ihnen durch seine Verwaltung nicht verantwortlich gemacht hat, fern gehalten und lediglich an die Erbschaft, als eine ihnen ausschließlich verhaftete Vermögensmasse verwiesen werden sollen.

Bedürfniß war, nicht verhindern, wohl aber soll es das Bestreben des Gesetzgebers sein, beiden Genüge zu thun. Dies geschah in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit, hingegen seit Constantin, wo sich auf den Trümmern der Wissenschaft der legislatorische Despotismus erhoben hatte, verstand man sich wenig auf so zarte Rücksichten und brach ohne Weiteres ein Loch in die Mauer, weil man zu kurzsichtig oder bequem war, das Thor zu suchen."

Hiernach habe der Erbſchaftsgläubiger von dem Beneſizialerben ganz einfach die Zahlung der Schuld, ſoweit die Kräfte des Nachlaſſes reichen, zu fordern und auf Grund einer, dieſem Verlangen entſprechenden Verurtheilung des Erben ohne Weiteres die Execution in das Vermögen des Letzteren und zwar ohne Unterſchied, ob daſſelbe aus jener Erbſchaft herrührt, oder nicht, aber niemals weiter als bis zu dem durch das Inventar feſtgeſtellten Betrage des Aktivnachlaſſes, vollſtrecken zu laſſen. Der Kläger brauche ſich daher auf die im Nachlaſſe befindlichen Vermögensſtücke nicht verweiſen zu laſſen; noch weniger ſei er von vornherein genöthigt, ſeine Befriedigung aus beſtimmten von ihm zu bezeichnenden Nachlaßgegenſtänden zu ſuchen. Es ſei Sache des verurtheilten Beneſizialerben, aus der ihm als Eigenthum zugefallenen und daher einen Beſtandtheil ſeines Vermögens bildenden Erbſchaft die Mittel zur Befriedigung des Nachlaßgläubigers zu entnehmen und dadurch die in ſein Vermögen überhaupt nachgeſuchte Execution abzuwenden.

Dieſen Geſichtspunkt vertheidigt Brinz, (Lehrbuch der Pandekten S. 677, 678) auch nach gemeinem Recht als den richtigen.[1])

---

[1]) Die gleiche Anſicht hatte Unger in ſeiner Schrift über die Verlaſſenſchaftsabhandlung in Oeſterreich auch für das Oeſterreichiſche Recht aufgeſtellt, indem er (S. 161 f.) ausführte: Mit der Einantwortung geht der Nachlaß in das Vermögen des Erben über und hört trotz der Errichtung des Inventars auf, eine ſelbſtſtändige Maſſe für ſich zu bilden. Der Erbe haftet nunmehr als perſönlicher Schuldner für die Erbſchaftsſchulden, zwar nicht unbeſchränkt, aber mit ſeinem ganzen Vermögen: ſeine Haftung iſt beſchränkt in Anſehung des Wofür, nicht in Anſehung des Womit. In dieſer Hinſicht beſteht daher ein practiſch wichtiger Unterſchied zwiſchen dem öſterreich. und dem gemeinen Recht. Nach römiſchem Recht erſcheint der Erbe in Folge der Inventarserrichtung als Vertreter und Verwalter des Nachlaſſes, und dieſer ſteht auf Gedeih und Verderb der Erbſchaftsgläubiger: nach öſterreich. Recht wird durch das beneficium inventarii die Verſchmelzung der beiden Vermögensmaſſen nicht abgewendet, der eingeantwortete Nachlaß geht im Vermögen des Erben auf, den alle Ab- und Zugänge desſelben treffen (Zeiller II S. 650), und die Erbſchaftsſchulden liegen im Umfang des durch das Inventar feſtgeſtellten Activſtandes auf der Perſon des Beneficialerben, der mit ſeinem geſammten Vermögen für deren Bezahlung haftet, und daher auch für Verwaltung und Verwendung des Nachlaſſes nicht Rechnung zu legen hat. Die Einantwortung der Erbſchaft an den Beneſizialerben hat im Grunde nur Bedeutung und Wirkung einer Einantwortung jure crediti, und man kann für das öſterreich. Recht in der That ſagen: der Vorbehaltserbe wird unter Vorbehalt (bedingt) verurtheilt und

Er ſagt in dieſer Hinſicht:

> Durch die Errichtung des Inventars wird nur bewirkt, daß die Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer *auf den Belang* des Nachlaſſes beſchränkt werden, nicht auch, daß ſie ihre Befriedigung *aus dem* Nachlaſſe ſuchen müßten oder dürften. Sonſt läge in der Inventarerrichtung durch den Erben von ſelbſt auch eine Separation — was nirgends bezeugt iſt. Auch finden wir nirgends, daß es dem Erben unmöglich oder unerlaubt ſei, den Nachlaß ganz oder ſtückweiſe, zu was immer für Zwecken zu veräußern, wofern er es nur unbeſchadet des Inventars und nicht in fraudem creditorum thut. Er haftet den Erbſchaftsgläubigern wie ſeinen eigenen perſönlich, mit ſeinem Vermögen überhaupt, wenn gleich nicht über den Betrag des Nachlaſſes; weder jenen blaß mit den Stücken des Nachlaſſes, noch dieſen bloß mit den Stücken ſeines ſonſtigen Vermögens . . .

So ſehr nun aber auch jene Darſtellungsweiſe ſich dadurch empfehlen mag, daß ſie die an ſich abnorme Rechtswohlthat des Inventars mit der rechtlichen Stellung des Erben möglichſt in Einklang zu bringen und zugleich die Hemmniſſe zu entfernen ſucht, welche dieſe Wohlthat den Nachlaßgläubigern in ihrer Rechtsverfolgung bereitet, ſo läßt ſich dieſelbe doch, dem poſitiven Geſetze gegenüber, nicht aufrecht erhalten.

Sowohl nach Juſtinianiſchem wie nach Preußiſchem Rechte beſteht die Rechtswohlthat des Inventars in der Befugniß des Erben, die Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer *auf die Erbſchaftsmaſſe*, als den alleinigen zu ihrer Befriedigung beſtimmten Fonds, *zu ver-*

---

ohne Vorbehalt (unbedingt) *exequirt*. Dieſe Auffaſſungs- und Behandlungsweiſe iſt eigenthümlich, aber gewiß nicht verwerflich. Das ganze beneficium inventarii iſt eine ſonderbare Anomalie. Nimmt man ſchon an, daß der Vorbehaltserbe nur ſoweit haften ſolle, als die Erbſchaft reicht (non ultra vires hereditatis), ſo mag man immerhin noch weiter gehen und dieſe beſchränkte Haftung aus einer Haftung *mit den Nachlaßſachen* (cum viribus hereditatis) in eine Haftung *im Umfang des Nachlaßwerths* (pro viribus hereditatis) verwandeln, alſo gewiſſermaßen pretium in locum rei (hereditatis) succedere laſſen. Ja man wird auf dieſem Wege ſogar in das geſammte Verhältniß ſchneller definitive Ordnung bringen und allen Umſtändlichkeiten der Verwaltung des Nachlaſſes ſowie vielen Weitläufigkeiten und Interventionen des Gerichts ausweichen, wie ſie nach neueren Geſetzgebungen im wohlbegründeten Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger ſtattzufinden haben.

In ſeinem Syſteme des öſterr. Erbrechts (§ 42 Anm. 8) iſt *Unger* von dieſer Anſicht, die er bei wiederholter Prüfung als unhaltbar erkannt hat, abgegangen.

weiſen und eben dadurch das eigene Vermögen des Erben von ihren Angriffen fern zu halten. Die Geſetze ſprechen daher auch immer nur von der Execution in den Nachlaß, welche der Erbe geſchehen laſſen muß, nicht von der Execution in das davon völlig getrennt gedachte übrige Vermögen des Erben, ſofern Letzterer nicht durch Verabſäumung der mit jener Rechtswohlthat verbundenen Pflichten ſich den Gläubigern perſönlich verantwortlich gemacht hat.[1])

Mevii Decis. I. 40: Inventarii beneficium bona heredis et defuncti separare, qua creditores, ex constitutione Justinianea constat. Eique consentaneum est, ut heres a creditoribus conventus iis possit cedere hereditatem semel aditam, et ea cessione semet ab ulterioribus actionibus liberare. At eo usque competit ea facultas, si non bona defuncti et heredis confusa et unita sunt, quod evenit illis in eam conditionem deductis, ut creditoribus defuncti ea cum utilitate praestari non possint, cum qua pervenerunt ad heredem, quibusdam forte alienatis aut immutatis aut deperditis . . .

Eodem I. 121: . . . Haud minus ille heres est, et in universum jus defuncti active atque passive succedit, acqui inventarium non confecit; nec minus ideo debitor est. Quod ex beneficio inventarii impetrat heres, ut ultra vires hereditarias non teneatur, nec de suis rebus solvere, imo res hereditarias in solutum offerre possit, vi demum obtinet, si heres sua et hereditaria separat, atque haec creditoribus hereditariis ut inde ipsis satisfiat, dimittit; secus, si ista ut sua retinet, nec dimittere intendit. Hinc ad aestimationem usque tenetur . . .

Eodem II. 249: Cum heres creditori adversus se agenti opponit exceptionem inventarii, primum est, ut statim de inventario,

---

[1]) Vergl. die Abhandlung Plathner's in den angeführten „Beiträgen" I. S. 192 f.

So verordnete ſchon das Erbſchafts-Edikt vom 30. April 1765 Abth. I § 10: „. . . wenn die Execution eines rechtskräftigen Urtheils wider den Erben geſucht wird . . . und die Erklärung des Erben dahin ausfällt, daß er die Vorladung der Gläubiger nicht für nöthig halte, ſo iſt wider ihn mit der Execution zu verfahren, und die Ausphändungen geſchehen in das nachgelaſſene Vermögen . . ."

Auch der Code civil beſtimmt ausdrücklich:

Art. 803. „L'héritier bénéficiaire . . . ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'après avoir été mis en demeure de présenter son compte, et faute d'avoir satisfait à cette obligation.

Après l'apurement du compte, il ne peut être contraint sur ses biens personnels que jusqu'à concurrence seulement des sommes dont il se trouve reliquataire."

Vergl. auch den Großherz. Heſſiſchen Entwurf Abth. 3 Art. 269: „Der Vorbehaltserbe hat . . . alle ihm bekannten Schulden des Erblaſſers aus dem Nachlaſſe zu bezahlen . . ."

constet, . . . alterum, ut fiat bonorum, quae in inventario describuntur, discussio . . . Pertinet autem ad discussionem, ut ex inventario demonstretur corpus sive massa tum bonorum, tum aeris alieni: deinde de istis administrationis ratio reddatur. Porro aut juxta eorum vires creditoribus solvatur, aut pro rata in solutum quaedam dentur.

Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Comment. B. 41 S. 405, 406: . . . Justinian's Bestimmungen über die Rechte des Benefizialerben enthalten wesentliche Abweichungen von den regelmäßigen Wirkungen eines Erbschaftserwerbes . . . Offenbar will der Kaiser, daß das Vermögen des Erblassers und das des Erben insoweit, als die Rücksicht auf Abwendung von Schaden und Nachtheilen für diesen es erfordert, wie getrennte Massen behandelt werden sollen. Hiernach ist es denn consequent, den Benefizialerben hinsichtlich seines Verhältnisses zu den Erbschaftsgläubigern als einen Geschäftsführer (Administrator, negotiorum gestor) fremder Angelegenheiten zu behandeln, mithin denselben nur wegen culpa oder mora verantwortlich zu machen . . .

Daß dieselben Grundsätze auch nach unserem Landrechte gelten, ist in den §§ 444—446 d. T. klar ausgesprochen. Denn der Zweck dieser Vorschriften besteht eben darin, die Erbschaft von dem übrigen Vermögen des Erben getrennt zu halten und gleichsam als ein fremdes, im Interesse der Erbschaftsgläubiger und Legatarien zu verwaltendes Gut dem Erben zu überantworten, auf diese Weise aber den genannten Interessenten die Befriedigungsmittel, auf die sie allein gewiesen sind, zu sichern. — Es läßt sich aber auch noch in anderer Art zeigen, daß die bisher dargestellte Ansicht allein die den Gesetzen entsprechende ist. Wäre die entgegengesetzte Auffassung richtig, so müßte in dem Rechtsverhältnisse des Benefizialerben zu den Erbschaftsgläubigern und Legatarien der ganze Schwerpunkt in dem durch das Inventar nachzuweisenden Werthe des Nachlasses zu suchen sein — also in der Aufstellung einer den Erben wie die Nachlaßgläubiger und Legatarien bindenden Taxe. Einer solchen ist aber von den Gesetzen mit keinem Worte gedacht. Der § 435 d. T. erfordert nur „die Angabe des Werthes der Vermögensstücke, oder doch eine solche Beschreibung derselben, woraus der Werth erforderlichen Falls näher beurtheilt werden könne" — offenbar zu keinem andern Zwecke, als um eine Uebersicht über die Größe der Erbschaft zu gewähren, nicht aber, um den Umfang der Haftungspflicht des Erben zu fixiren. Von einer solchen Fixirung kann auch um so weniger die Rede sein, als ja die Erbschaftssachen, oder doch ihr Werth dem Wechsel unterworfen sind, jedenfalls die Höhe des daraus zu gewinnenden Erlöses mehr oder weniger von Zufälligkeiten abhängt.

91. Die im § 444 d. T. dem Benefizialerben auferlegte Pflicht, über den Nachlaß Rechenschaft abzulegen, führt von selbst die Nothwendigkeit für ihn herbei, den Erbschaftsbestand als eine mit seinem sonstigen Vermögen unvermischt gebliebene Masse nachzuweisen. Vermag er dies nicht, dann ist er allerdings den Erbschaftsgläubigern und Legatarien bis zum Belaufe der Erbschaft mit seinem eigenen Vermögen verhaftet.[1])

Mevii Decis. VI. 327: . . . Certum erat, illum esse heredem, ideoque pro eo credito teneri, et postquam condemnatus fuit solvere, aut executionem etiam in suis bonis pati debere. Etsi vero et hoc certum erat, cum inventarii beneficio ipsum successisse, tamen hoc proficere non poterat, ubi bona hereditaria non exstabant, in quae immissio vel executio fieret, sed ea sic istius bonis immixta fuerunt, ut difficulter separarentur. Deinde nec ipse heres demonstrabat, aut nominabat,, nedum cedebat bona, ex quibus creditori satisfieret. Quod tamen ipsum facere oportuit.

Eod. IX. 32: Inventarii beneficium quidem et hoc est, quod bona defuncti et heredis ita separat, ut hic de suis solvere non teneatur, sed tantum de his, quae defuncti fuerunt, atque in hereditate existunt; at non diutius, quam apud heredem separata manent; ex commixtione desinit separatio ejusque jus. Quocirca, etsi hoc perpetuum est, quod heres cum inventario ultra vires hereditatis non tenetur, id tamen, ut in propria bona ejus ob hereditaria debita non fiat executio, eaque perinde creditoribus hereditariis obnoxia non fiant, non potest assequi, nisi sinat plane separata . . .

---

[1]) Hierher gehört auch die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Benefizialerbe seiner Pflicht zur Rechnungslegung nicht nachkommt.

Eine positive Bestimmung findet sich hierüber im Großh. Hessischen Entwurfe Abth. 3 Art. 274:

> „Verweigert der Vorbehaltserbe beharrlich und fortgesetzt die Ablage seiner Rechnung, so kann er von dem Gerichte, nach erfolgloser Anwendung gelinderer Zwangsmittel, auf Antrag der Betheiligten, der Rechtswohlthat des Vermögensverzeichnisses für verlustig erklärt werden, wenn ihm dieser Rechtsnachtheil vorher angedroht worden war und er selbst nicht zu den Personen gehört, welche für die Bezahlung der Erbschaftsschulden und Vermächtnisse schon von Rechtswegen nicht weiter zu haften haben, als der Nachlaß reicht."

Unser Landrecht entbehrt einer solchen Vorschrift. Die in Betreff des „falschen Erben" ganz ungehörige Bestimmung des § 458 d. T. wäre hier allein an ihrem Platze gewesen. Es wird jedoch schon nach allgemeinen Grundsätzen über mora anzunehmen sein, daß der säumige Benefizialerbe den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern für das (nöthigenfalls durch ein juramentum in litem festzustellende) Interesse mit seinem eigenen Vermögen haftet.

Eod. I. 40: ... Hoc tamen perpetuum est et post confusionem etiam remanet, quod heres, qui inventarium confecit, non teneatur ultra vires hereditatis, ideo exhibito inventario docere semper potest, se tantum jam solvisse, atque in hereditate fuit. Quocirca, postquam bona diu commixta fuerunt, heres sub obtentu confecti a se inventarii separationem peterat, et ea denegata esset, appellationem non admittere placuit, tum quia incongrua erat ac sera nimis post confusionem semel factam separatio; tum quia sine gravamine, dum integrum erat de cetero beneficium.

92. Ueber die Frage:

wie es mit der im § 444 erforderten Rechenschaftsablegung bei dem Vorhandensein mehrerer Benefizialerben zu halten sei,

sprechen sich aus:

ein Erkenntniß unsers Ob.-Trib. vom 4. März 1843: Die Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung erstreckt sich, auch für den einzelnen unter mehreren Benefizialerben, über den ganzen Nachlaß, und nicht bloß über seine Erbportion. Denn in den §§ 443, 444, 453, 454 Tit. 9 Th. I A. L. R. ist überall von dem Nachlasse die Rede, über diesen soll Rechnung gelegt, dieser zur Befriedigung der Gläubiger in der von dem Gesetze vorgeschriebenen Ordnung verwandt werden (Entscheid. B. 9 S. 239 f.);

ein Erkenntniß des Land-Ger. zu Wolfenbüttel vom 6. Oktober 1832: Der Umstand, daß der Erbe der Administration der Erbschaft sich nicht unterzogen, oder sie einem Miterben überließ, oder einem gemeinschaftlichen Mandatar übertrug, alles dies kann den Gläubigern gegenüber die Verbindlichkeit des Erben nicht alteriren. Die Verbindlichkeit des Erben erstreckt sich pro indiviso über die ganze Erbschaft, mit der Wirkung, daß von jedem Einzelnen, um sich von der pro parte hereditaria auf ihn lastenden Verpflichtung zu befreien, die Erschöpfung der ganzen Erbschaftsmasse nachzuweisen ist. (Matthiä Controversen-Lexicon II S. 44.)

93. In Betreff der Frage:

ob die ohne Zuthun des Erben, also durch Zufall[1]) eingetre-

---

[1]) Vergl. Mevii Decis. II. 357: Casus, qui rebus hereditariis post aditam hereditatem accidunt, periculo et damno heredis sunt, etsi inventarium confecit.

und dagegen Carpzov, Opus Decisionum dec. 160: Damnum casu fortuito datum haud sustinet heres, qui beneficio inventarii adiit hereditatem.

Eine Vereinigung dieser entgegengesetzten Ansichten versucht Brunnemann, com. in P. ad l. 9 de jure delib. (28, 8) nr. 9 sqq.

Vergl. auch Voet, com. ad P. XXVIII. 8 nr. 22: Sed et, si quae res hereditariae post mortem testatoris interierint, utcunque vulgo heredi, non

tene Vermehrung oder Verminderung der Erbmasse in gleichem Maße eine Veränderung in dem Umfange der Verpflichtung des Benefizialerben, den Nachlaßgläubigern und Legatarien gegenüber, hervorbringt,[1])

so wie rücksichtlich der weitern Frage:

ob die durch eigenes Zuthun des Erben, nämlich durch die von ihm über den Nachlaß getroffenen Verfügungen[2]) bewirkte Veränderung der Erbmasse, abgesehen von einer ihm dabei zur Last fallenden Verschuldung, einen Einfluß auf die Rechte der Erbschaftsgläubiger zu äußern vermag,

wird auf die Abhandlung in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preußischen Rechts" I S. 184—189 Bezug genommen.

94. Zu der dem Benefizialerben obliegenden Verwaltung gehört auch die Führung von Prozessen über Erbschaftsgegenstände. Für diese Kosten haftet allerdings der Erbe, dem Gerichte so wie dem Prozeßgegner gegenüber, persönlich mit seinem eigenen Vermögen, denn die Prozeßführung ist sein eigenes Geschäft.[3]) Er kann jedoch dieselben den Erbschaftsgläubigern als Verwaltungskosten in Rechnung stellen, vorausgesetzt, daß ihn keine Verschuldung dabei trifft.

Codex Fabrianus Lib. VII tit. XVIII def. 7: Heres, qui legis et inventarii beneficium imploravit, si litem aliquam temere vel instituerit, vel susceperit, vel male provocaverit, condemnandus est in expensas proprio nomine, nec audiri debet, si petat, aut consentiat, ut victori ex rebus hereditariis satisfiat, ne ex heredis facto et

---

legatariis, pereant, confecto tamen inventario, eas legatariis et creditoribus magis, quam heredi perire, statuendum est; cum Imperator hoc heredi inventarium conficienti praemium proposuerit, ut hereditatem sine periculo adeat, quod verum non esset, si ad ipsum spectaret interitus atque corruptio rerum. Fachinaeus controv. lib. 6 cap. 30. Zoesius ad Pand. h. t. nr. 11 i. f.

[1]) Vergl. bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2330. „Sind erbschaftliche Gegenstände ohne Verschuldung des Erben ganz oder theilweise untergegangen, so mindert sich dadurch die von ihm zu vertretende Erbschaft; er haftet aber den Erbschaftsgläubigern auch mit den zufälligen Vermehrungen der Erbschaft."

[2]) Ueber die Dispositionsbefugniß des Benefizialerben nach Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses vergl. auch das Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 29. November 1858 (Entscheid. B. 40 S. 409 f.).

[3]) Vergl. Min.-Rescr. vom 16. März 1835 in den Jahrbüchern für Preuß. Gesetzg. B. 45 S. 182 und Erkenntniß des Ober-Trib. vom 26. Juni 1841 in der Jur. Wochenschr. 1843 S. 233 f.

culpa deterior fiat conditio creditorum et legatariorum, quorum interest hereditatem, quae heredi ipsi jam suspecta est, nullo modo minui. Ita Senatus Sabaudiae Jan. 1589.

Die Vorschriften des Allg. Landrechts Th. I Tit. 9 §§ 447—451 sind durch die Verordnung vom 28. März 1840, betreffend die Befugniß des Benefizialerben (G.-S. S. 103) aufgehoben.[1])

---

§ 452. «Auch die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger muß der Benefizialerbe nur in derjenigen Ordnung leisten, welche die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben.»

§ 453. «Erschöpft er den Nachlaß durch Zahlungen an einige Gläubiger dergestalt, daß selbiger zur Befriedigung derjenigen, denen die Gesetze einen vorzüglichen Platz anweisen, unzureichend wird, so kann er sich gegen solche vorzügliche Gläubiger mit der Wohlthat des Inventarii nicht schützen.»

§ 454. «Vielmehr muß er denselben mit seinem eigenen Vermögen auf so hoch gerecht werden, als sie erhalten haben würden, wenn der Nachlaß unter die Gläubiger überhaupt nach gesetzmäßiger Ordnung wäre vertheilt worden.»

§ 455. «Will der Erbe sich gegen dergleichen besorgliche Vertretung sicherstellen, so steht ihm frei, auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses anzutragen.»

§ 456. «Was dabei zu beobachten sei, ist in der Prozeßordnung vorgeschrieben.»

95. Die Beschränkungen, welchen diese Vorschriften den Benefizial-

---

[1]) Löwenberg, Motive der Preußischen Gesetzgebung B. 1 S. 56 f.: Das gemeine Recht kennt die Einschränkung der Dispositionsbefugnisse des Benefizialerben als solchen überall nicht. Das von Justinian eingeführte beneficium inventarii ist eine bloße Rechtswohlthat für den Erben, nicht aber eine Last oder Einschränkung. Auch die Preuß. Gesetzgebung bis zum Allgemeinen Landrecht blieb diesem Grundsatze treu. Das Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765 kennt keine Einschränkung der Dispositionsfreiheit des

erben in Betreff der Befriedigung der Erbschaftsgläubiger unterwerfen,[1]) sind dem gemeinen Rechte völlig fremd.

L. 22 § 4 C. de jure delib. (6, 30): Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint: hereditatem sine periculo habeant . . . et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores . . . et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur . . .[2]) § 5. Sin vero creditores, qui post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant: neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverint res, quarum pretia in legata

---

Benefizialerben zum Vortheil der Erbschaftsgläubiger, sondern überläßt es lediglich diesen, ihre Sicherheit selbst zu suchen.

Das Corpus Juris Frider. änderte hierin nichts, überließ sogar selbst im Falle des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses dem Benefizialerben die freie Administration der Masse. — Erst das Allgem. Landrecht hatte die Idee der Beschränkung der Dispositionsbefugnisse des Benefizialerben aufgestellt. Doch ging diese Beschränkung nicht auf die ganze Erbschaftsmasse, sondern nur auf die Immobilien, und hatte nur die Sicherheit der persönlichen Erbschaftsgläubiger zum Zwecke und zwar die Erhaltung ihres Separationsrechtes.

[1]) In der oben angeführten Abhandlung („Beiträge" I S. 189, 190) wird hierüber gesagt: Diese Beschränkungen sind in dem Wesen der Rechtswohlthat des Inventars nicht begründet. Sie sind hervorgerufen durch das ängstliche Bestreben, für das Interesse der Gläubiger Vorsorge zu treffen, welcher jedoch der auf Wahrung seines Rechts Bedachte gar nicht bedarf und der Saumselige nicht würdig ist. Ja, indem sie den Erben zu einem kostspieligen und weitaussehenden Verfahren hindrängen, wirken sie dem Interesse der Erbschaftsgläubiger, das eben darin besteht, auf dem kürzesten Wege zu ihrer Befriedigung zu gelangen, geradezu entgegen, werden auch wohl gar in der Hand des gewissenlosen Schuldners das willkommene Mittel, die andringenden Gläubiger absichtlich Jahrelang hinzuhalten. Es sind dies unverkennbare Uebelstände, welche durch die die Rangordnung der Gläubiger und das erbschaftliche Liquidationsverfahren vereinfachenden Vorschriften der neuen Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 zwar wesentlich gemindert, aber nicht beseitigt worden sind.

Uebrigens folgt aus jenen Vorschriften von selbst, daß der Benefizialerbe, welcher dem Erbschaftsgläubiger gegenüber behauptet, daß die ganze vorhanden gewesene Aktivmasse zur Befriedigung besser berechtigter Gläubiger verwendet worden sei, jenem Gläubiger dies nachzuweisen hat. Erkenntniß des Ober-Trib. vom 18. Febr. 1862 (Striethorst, Archiv B. 44 S. 206 f.).

[2]) Vergl. Decret des L.-G. zu Wolfenbüttel vom 10. October 1839: Bei der nach röm. Recht dem Benefizialerben erlaubten Austheilung der Masse wird nicht ein gleichzeitiges Andrängen der Gläubiger, sondern nur eine nach und nach kommende Aufforderung vorausgesetzt. Wenn also die in Folge der Edictalladung liquidirten Forderungen die zu übersehende Erbschaftsmasse übersteigen, so kann dem Benefizialerben eine willkürliche Befriedigung einzelner Gläubiger nicht weiter gestattet werden. (Matthiä, Controversen-Lexicon II S. 45.)

vel fideicommissa, vel alios creditores processerunt . . .[1]) § 7. Contra ipsum tamen heredem (secundum quod saepius dictum est) qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur.

Dieselben finden sich jedoch bereits in dem Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765 Abth. I § 10:

> Dem Erben cum beneficio inventarii, verstatten Wir hiermit:
> die öffentliche Vorladung der erbschaftlichen Gläubiger ad liquidandum et verificandum, unter der Verwarnung, auszubringen:
> daß, mit Befriedigung der sich meldenden Gläubiger, in so ferne die Erbschafts-Masse zureicht, nach Ordnung der rechts-kräftigen Prioritaets-Sententz, verfahren, und, in Ansehung aller mehr privilegirten stärkern und bessern Ansprüche, der ausbleibenden Gläubiger, so wenig der Erbe, der die Zahlung leistet, als der Gläubiger, der sie empfängt, einiger Regress- oder Vindications-Klage, ausgesetzt seyn sollen.
>
> Unterläßt der Erbe die öffentliche Vorladung nachzusuchen, und unternimmt er vor derselben, die Zahlung aus der Erbschaft, nach seiner Willkühr, oder so wie sich die Gläubiger bey ihm melden; so macht er sich dadurch den andern Gläubigern in so weit verhaftet, daß er dasjenige, was er an jemanden mehr ausgezahlet, als dieser, wegen der Unzulänglichkeit der Erbschaft, oder wegen der mehr privilegirten und bessern Rechte der andern Gläubiger, daraus hätte empfangen können, aus eigenem Vermögen wieder ersetzen muß.

Die gleiche Bestimmung ist auch in das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch übergegangen, welches vorschreibt:

§ 815. „Unterläßt der Erbe die ihm bewilligte Vorsicht der gerichtlichen Einberufung; oder befriediget er sogleich einige der sich anmeldenden Gläubiger, ohne auf die Rechte der übrigen Rücksicht zu nehmen, und bleiben einige Gläubiger aus Unzulänglichkeit der Verlassenschaft unbezahlt, so haftet er ihnen, ungeachtet der bedingten Erbeserklärung, mit seinem ganzen Vermögen in dem Maße, als sie die Zahlung erhalten haben würden, wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden wäre.“[2])

---

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Comment. B. 41 S. 367 ff. Arndts, Pandekt. § 523.

[2]) Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich S. 165, 166 bemerkt hiergegen: Nach dem jetzt bestehenden Recht darf der Erbe nicht, wie nach gemeinem Recht und nach französischem Recht, die Gläubiger des Erblassers, so wie sie sich melden, befriedigen, sondern er hat bei sonstiger Haftung mit seinem ganzen Vermögen die Verpflichtung, für diese Personen durch Einberufung derselben und cridamäßige Vertheilung des Nachlasses unter sie zu sorgen. Das hieraus entspringende erbschaftliche Liquidations-Ver-

Dem gemeinen Rechte folgen dagegen:

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. III Kap. 1 § 18. „. . . 10mo Ziehet die Errichtung eines förmlichen Inventariums verschiedene Wirkungen und Freyheiten nach sich. Denn erstlich haftet der Erbe um die Erbschafts-Schulden, dann Legaten und andere Forderungen nur soweit, als sich die Kräfte der Erbschaft erstrecken . . . Drittens ist er in Entrichtung derselben die Priorität zu beobachten nicht schuldig, fofern nur genugsame Caution von ihnen geleistet wird . . .“

Code civil art. 808. „S'il y a des créanciers opposans, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge.

S'il n'y a pas de créanciers opposans, il paie les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent.“

Art. 809. „Les créanciers non opposans, qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont de recours à exercer que contre les légataires.

Dans l'un et l'autre cas, le recours se prescrit par le laps de trois ans à compter du jour de l'apurement du compte et du paiement du reliquat.“ [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2331. „Hat der Erbe innerhalb eines Jahres von der Zeit an, zu welcher er den Anfall erfahren, über die Erbschaft von einem Gerichte oder von einem Notar ein Verzeichniß aufnehmen lassen, oder ein Nachlaßverzeichniß, wie er es auf Erfordern eidlich bestärken kann, aufgenommen und bei Gericht überreicht, so kann er, fofern die Unzulänglichkeit der Erbschaft nicht vorliegt oder nicht zu befürchten ist, die erbschaftlichen Gegenstände veräußern und die Erbschaftsgläubiger,

---

fahren, welches den Zweck hat, dem Vorbehaltserben eine Uebersicht über die Nachlaßschulden zu verschaffen und ihn in den Stand zu setzen, die Gläubiger in der gesetzlichen Ordnung zu befriedigen — eine kostspielige und langwierige Procedur, während welcher die Execution gegen den Erben stille steht — führt zu einer empfindlichen Verzögerung der Beendigung des Abhandlungsgeschäfts und steht vor Allem in entschiedenem Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatz, daß jeder selbst für sich zu sorgen und sein Recht durch eigenes Darzuthun wahrzunehmen habe . . . Der erbschaftliche Liquidationsprozeß, der dem preußischen Recht nachgebildet zu sein scheint, ist ein Rest des alten Bevormundungsprincips und der verkehrten Ansicht, daß der Erbe nur auf den reinen Nachlaß Anspruch habe: er ist hier wie dort gänzlich aufzugeben. An seine Stelle hat der Grundsatz zu treten, daß der Vorbehaltserbe die Gläubiger des Erblassers (so wie die Vermächtnißnehmer) in der Ordnung, wie sie sich melden, zu bezahlen habe, und daß er den bevorzugten oder gleichberechtigten Gläubigern mit seinem anderweitigen Vermögen nicht zu haften brauche, wenn der Nachlaß durch Befriedigung der angemeldeten Gläubiger erschöpft ist.

[1]) Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV. § 619 S. 108, 109.

Vermächtnißnehmer und Anwärter, ohne Rücksicht auf das Vorzugsrecht des einen vor dem andern, auch, wenn er Gläubiger der Erbschaft ist, sich selbst befriedigen, vorbehaltlich der besonderen Rechte der hypothekarischen Gläubiger."

§ 2332. „Wird die Erbschaft durch die nach § 2331 erfolgten Zahlungen erschöpft, so kann gegen den Erben keine weitere Forderung geltend gemacht werden . . ." [1])

96. Der § 453 leidet an einer mangelhaften Fassung. Offenbar soll sich derselbe auch auf den Fall beziehen, wenn der Erbe den Nachlaß durch Zahlung an einige von mehreren gleichberechtigten Gläubigern erschöpft. [2]) Es folgt dies von selbst aus dem im § 452 vorangestellten Prinzipe, so wie aus der im § 454 daraus gezogenen Folgerung.

97. Wenn der Benefizialerbe aus dem zur Befriedigung sämmtlicher Erbschaftsgläubiger zureichenden Nachlasse einige nicht bevorzugte Gläubiger vollständig befriedigt und nunmehr der übrige Nachlaß zur Bezahlung der noch unberichtigten Schulden unzulänglich wird, so entsteht die Frage:

ob in Betreff der unbefriedigt gebliebenen Gläubiger die Vorschrift des § 453 gegen den Erben zur Anwendung kommt.

Vorausgesetzt, daß der Erbe sich keiner Verzögerung schuldig ge-

---

[1]) Vergl. Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Großh. Hessen Abth. 3 Art. 268—271.

Auch in dem Entwurfe einer Preuß. Civil-Proz.-Ordnung von Koch, (Berlin 1848) § 600 war die Bestimmung vorgeschlagen:

„Die Erschöpfung des Nachlasses durch Befriedigung einiger Gläubiger macht den Benefizialerben der Rechtswohlthat des Inventariums gegen vorzügliche oder gleichberechtigte Gläubiger nicht verlustig, vorausgesetzt, daß die Bezahlung in der Ordnung, in welcher die Gläubiger sich bei dem Erben gemeldet haben, geleistet worden ist.

Der erbschaftliche Liquidationsprozeß findet nicht mehr Statt. . ."

In den Motiven dazu wird gesagt: Es hängt mit dem Grundsatze des modernen Staatsrechts zusammen, daß Jeder für sich selbst zu sorgen und seine Rechte wahrzunehmen hat. Jeder Gläubiger mag also auf seine Befriedigung zeitig dringen; der Erbe thut genug, wenn er die Andringenden nach der Reihe bezahlt und Keinen vor dem Andern begünstigt. Der erbschaftliche Liquidationsprozeß ist bei diesen Grundsätzen überflüßig, die Beseitigung dieses schwerfälligen Instituts ist ein offenbarer Gewinn an Zeit und Geld für die Gläubiger. Mögen die Gläubiger durch Arrestschläge zugreifen und den unzulänglichen Nachlaß unter sich theilen.

[2]) Dieser Fehler ist im Oesterr. Gesetzbuche durch die allgemeinere Fassung des oben angeführten § 815 vermieden.

macht hat, wird dies zu verneinen sein. Denn der Grund des Ausfalles liegt nicht darin, daß der Erbe an einige Gläubiger mehr gezahlt, als diesen nach der gesetzlichen Rangordnung zukam, sondern daß der auch zur vollständigen Befriedigung der übrigen Gläubiger ausreichende Nachlaß durch einen vom Erben nicht zu vertretenden Zufall eine seine Unzulänglichkeit herbeiführende Schmälerung erlitten hat.

98. Es bleibt noch die Frage übrig:
ob im Falle des § 453 den benachtheiligten Erbschaftsgläubigern auch gegen die zu Unrecht aus der Erbmasse befriedigten ein Rückgriffsrecht zusteht.

Daß ihnen ein solches Recht gegen die Legatare einzuräumen ist, versteht sich von selbst, da die Vermächtnisse nur soweit gültig sind, als nach Abzug der Erbschaftsschulden sich noch ein Ueberschuß ergibt.[1])

L. 22 § 5 C. de jure delib. (6, 30): Sin vero creditores, qui post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant . . . licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis vel indebiti condictione uti, et haec quae acceperint, recuperare: cum satis absurdum sit creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare.[2])

[1]) Ulp. l. 66 § 1 D. ad L. Falc. (35, 2): Sicut legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit: nec mortis causa donationes debebuntur, sed infirmantur per aes alienum. Quare, si immodicum aes alienum interveniat, ex re mortis causa sibi donata nihil aliquis consequitur.

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. I art. VII nr. 9, 10: Praeferuntur creditores omnibus legatariis. In summa: Legata ex testamento ejus, qui solvendo non est, plane inutilia sunt.

Allg. Land-Recht Th. I Tit. 12 § 334. „Reicht aber der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils, oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zu, so müssen die Legatarii, nach Verhältniß der ihnen geschehenen Zuwendungen, dazu mit beitragen, oder Abzug leiden." (Uebereinstimmend damit Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 692.)

[2]) Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. III § 23: . . . Cavit Justinianus, ne ea solutio creditoribus sit fraudi; sed res tota ita temperetur: ut si hereditas solvendo non sit legatariis simul et creditoribus, semper potior sit causa creditorum, id est repetitionis, quam adventicii lucri, juxta regulam juris (l. 41 § 1 D. de R. J.) . . . Quod si eveniet, ut prius legatariis solutum sit, placet creditores quoslibet, etiam chirographarios tantum posse ab his repetere, quod illis datum est ad eam summam, quae sibi debetur: id autem facere vel condictione indebiti, quasi heres his solvisset indebitum; unde partam indebiti condictionem creditoribus cederet: vel condictione ex lege Justiniani . . .

Mevii Decis. V. 142: Cum heres hereditatem adiit, mediante inventarii beneficio, ut ultra hujus vires non teneatur, aut si vel simpliciter

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2332. „. . . Insbesondere haben Erbschaftsgläubiger, welche nicht befriedigt worden sind, das Recht, soweit es zu ihrer Befriedigung nöthig ist, dasjenige von den Vermächtnißnehmern und Anwärtern zurückzufordern, was diese von dem Erben erhalten haben."

Code civil art. 809 (s. oben S. 191).

Aber auch im Verhältnisse zu den Mitgläubigern ist ein solches Rückgriffsrecht nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen, auch mehrfach in positiven Gesetzen — freilich mehr oder weniger beschränkt — gegeben.

L. 22 § 6 C. de jure delib. (6, 30): Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis ei fecerint: liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.[1])

Erbschafts-Edict vom 30. April 1765 Abth. I § 10. „. . . wobey der Erbe zwar befugt, gegen einen Legatarium, dem er etwa Zahlung gethan, das bezahlte Condictione indebiti wieder zu fordern, in Ansehung eines Gläubigers aber, findet dieses, von Seiten des Erben, gar nicht statt, und von Seiten der Mit-Gläubiger anderergestalt nicht, als wenn die ausgezahlte, oder an Zahlungsstatt gegebene Sache, ihnen mit einem Eigenthums- oder Pfand-Recht verhaftet."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2332. „Wird die Erbschaft durch die nach § 2331 erfolgten Zahlungen erschöpft, so kann gegen den Erben keine weitere Forderung geltend gemacht werden. Den Berechtigten, welche ihre Befriedigung aus der Erbschaft nicht erhalten haben, steht ein Anspruch nur gegen die Personen zu, welche befriedigt worden sind, und zwar, so weit diese ihnen gleichstehen, auf verhältnißmäßige, und soweit diese ihnen nachstehen, auf volle Herausgabe des Empfangenen . . ."

Der in der zuletzt angeführten Vorschrift ganz allgemein aufgestellte Rechtssatz erscheint sehr wohl gerechtfertigt. Man muß nur festhalten, daß die Gläubiger einer mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Erbschaft ausschließlich an eine bestimmte, in sich abgeschlossene Vermögensmasse gewiesen sind, die, wenn sie zur Befriedigung Aller nicht zureicht, nach gesetzlichen Regeln zu vertheilen ist. Die

---

heres, non tamen ista solvenda est, et legata solvit, hereditariis creditoribus, qui postea venerunt, adversus legatarios, exhausta nec sufficiente amplius hereditate, actio superest, qua repetant accepta, sed non aliter haec locum reperit, quam discussa prius hereditate . . .

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Commentars B. 41 S. 368 f.

Gläubiger, als Theilungs-Interessenten, stehen daher zu einander in einem der communio incidens ähnlichen Verhältnisse und haben aus solchem eine Theilungsklage (eine Art actio tributoria), mittelst deren sie ihren Anspruch auf gesetzliche Vertheilung der Masse gegen einander geltend machen können.[1])

Vergl. Ulp. l. 5 § 19 D. de tribut. act. (14, 4): Tributio autem fit pro rata ejus, quod cuique debeatur; et ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui, integram portionem consequitur. Sed

---

[1]) So sagt auch Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich S. 168 Note 30: Es entspricht der Billigkeit, an dem Gedanken festzuhalten, daß die Gläubiger des Erblassers unter und gegeneinander das Recht behalten und ausüben sollen, nach welchem sie im Concurs classificirt werden müßten. Die Anwendung der Regel: occupantis melior est conditio und die Uebertragung der für Gläubiger eines Lebenden geltenden Grundsätze auf die Erbschaftsgläubiger gegenüber einem Vorbehaltserben ist deßhalb unpassend, weil dort doch noch die Person des Schuldners vorhanden bleibt, welche neues Vermögen erwerben kann, so daß man von jenen Gläubigern wie von den Gläubigern eines Erben sagen mag: habent personam, quae potest donec vivit acquirere (L. 6 D. de sep. 42. 6), und weil doch auch bei einem Pekulium wenigstens noch die Möglichkeit einer späteren Vermehrung desselben offen ist (L. 30 § 4 L. 47 § 2 D. de pec. 15. 1. Keller L. C. und Urtheil § 64), während hier die Ansprüche der Gläubiger auf die bestimmte Nachlaßmasse beschränkt sind. Es erscheint daher gewiß zweckmäßiger, nach Analogie der Grundsätze über die actio tributoria vorzugehen, wonach die bestimmte Vermögensmasse wie bei einem Concurs unter sämmtliche Gläubiger zu vertheilen ist (§ 3 J. quod cum eo 4. 7. L. 5 § 19 L. 6. 7. pr. D. 14. 4. Puchta Institut. III § 266. Unterholzner Schuldverhältnisse I § 205), und zwar nicht den Vorbehaltserben mit dieser cridamäßigen Vertheilung zu beschweren, wohl aber den nicht befriedigten Gläubigern einen Regreßanspruch gegen die befriedigten Creditoren zu gewähren. (Vergl. auch Glück XIV S. 276. Thibaut Pandect. 8. Aufl. § 263.)

Vergl. auch Koch, Beurtheilung der ersten zehn Bände Entscheidungen des K. Geh. Ober-Tribunals (Berlin, 1847) S. 459, 460: Das Verhältniß, in welches mehrere Gläubiger dadurch treten, daß sie dieselbe Sache ihres Schuldners zum Gegenstande ihrer Befriedigung machen, ist die zufällige Gemeinschaft (communio incidens). Nicht also die condictio indebiti ist es, wenn ein Einzelner mehr erhält als ihm nach seinen Theilnehmungsrechten zukommt, sondern die actio communi dividundo, durch welche eine gehörige Ausgleichung bewerkstelligt wird. Wie das Verfahren des Richters, durch welches die Gemeinschaft entsteht, in der Prozeß-Ordnung genannt werde, ob Konkurs, oder erbschaftlicher Liquidations-Prozeß, oder Kaufgelderbelegungs-Verfahren, oder Revenüen-Vertheilung, oder wie sonst immer, das ist für die Folgen der Gemeinschaft selbst ganz gleichgültig: nicht die Veranlassung zu einem Rechtsverhältnisse, sondern das Rechtsverhältniß selbst ist es, welches den Forderungsrechten den rechtlichen Charakter gibt.

quoniam fieri potest, ut alius quoque, vel alii existere possint mercis peculiaris creditores: cavere debet creditor iste, pro rata se refusurum, si forte alii emerserint creditores.

Paul. l. 6 eod.: Non enim haec actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit: sed aequalem conditionem quandoque agentium.

Ulp. l. 6 § 7 D. quae in fraud. cred. (42, 8): Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti: ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse, recipiat: non timere hoc edictum; sibi enim vigilavit: qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset.

Von falschen Erben.

§ 457. «Wer ohne Richter und Recht in die Verwaltung einer fremden Erbschaft sich eindrängt, muß sowohl den Erben, als den Gläubigern, für allen auch durch das geringste Versehen entstandenen Schaden haften.»

§ 458. «Hat er bei Führung der Administration sich den Verdacht der Treulosigkeit zugezogen, oder die Masse mit seinem Vermögen dergestalt vermischt, daß der wahre Betrag des Nachlasses nicht mehr zuverläßig ausgemittelt werden kann, so haftet er den Gläubigern und Legatarien als Selbstschuldner.»

§ 459. «Auch dem wahren Erben muß er den wahrscheinlichen Ueberrest des Nachlasses herausgeben; und der Erbe wird zur eidlichen Erhärtung dieses Betrags, auf eine nach den Umständen von dem Richter zu ermäßigende Summe zugelassen.»

99. Diese Vorschriften über die dem Erben vermöge der dinglichen Natur seines Rechts gegen jeden dritten Besitzer zustehende Rechtsverfolgung (hereditatis petitio) sind, worauf Koch[1]) mit Recht aufmerksam macht, nicht allein durchaus unzureichend, sondern auch in mehrfacher Hinsicht gänzlich verfehlt.

---

[1]) Komment. zum Allgem. Landrecht I S. 606 f. Anm. 84.

Zur Rechtfertigung derselben sagt Suarez in der revisio monitorum:

„... Es ist die Rede von einem Menschen, der sich fälschlich und eigenmächtig pro herede gerirt. Wenn dieser sich einer Treulosigkeit bei seiner Administration verdächtig macht, und diesen Verdacht nicht ablehnen kann, so verdient er keine Schonung. Ist der wahre Betrag durch sein factum illicitum verdunkelt worden, daß solcher nicht mehr ausgemittelt werden kann, so können die Interessenten darunter niemals das Geringste leiden." [1])

Erst durch diese Bemerkung wird es klar, daß wir es hier nicht, wie man nach der Fassung jener Paragraphen glauben sollte, mit einem aufdringlichen Administrator, sondern mit einem unredlichen Besitzer der Erbschaft, also mit einem solchen, der sich für den wirklichen Erben ausgibt (qui pro herede se gerit), zu thun haben. Wie kann aber dann von einer Administration und einer dabei begangenen Treulosigkeit die Rede sein? Man hat sich das hier vorausgesetzte Rechtsverhältniß, das kein anderes als das des unredlichen Besitzes einer fremden Sache ist, durchaus nicht klar gedacht und dabei obligatorische Beziehungen zu den Erbschaftsgläubigern angenommen, die hier gar nicht vorliegen. Die Erbschaftsgläubiger und Legatarien stehen nur mit dem wahren, nicht mit dem falschen Erben in einem persönlichen Verhältnisse. Die Malversationen des Letzteren berühren nur den wirklichen Erben und können daher nie dahin führen, ein Schuldverhältniß zwischen Jenem und den Nachlaßgläubigern zu schaffen. Gerade weil Jener ein falscher Erbe ist, haftet er den Nachlaßgläubigern nicht.

Abgesehen hiervon sind aber jene Bestimmungen völlig unzulänglich, da sie sich gerade auf den seltensten Fall — den eines unredlichen Erbschaftsbesitzes beschränken.

100. In Betreff der Frage:

Ist der von einem Erben auf Herausgabe sämmtlicher in seinem Besitze befindlicher Nachlaßsachen belangte dritte Besitzer zur Legung eines Inventars und zur Ableistung des Manifestationseides verpflichtet?

wird auf den in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts" I S. 71 f. mitgetheilten Rechtsfall verwiesen.

Aus der gemeinrechtlichen Praxis sind folgende Entscheidungen anzuführen:

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 5. Juli 1850: Mit der

[1]) Gesetz-Revision, Pensum XVI, Motive zum Tit. 9, Abschn. 8, S. 36.

Erbschaftsklage kann das Gesuch verbunden werden, den Besitzer des Nachlasses nach dessen Verurtheilung in der Hauptsache anzuhalten, deren Herausgabe nach einem von ihm aufzustellenden Inventar zu bewirken. Die Verbindlichkeit folgt daraus, daß bei dem zur Herausgabe des Nachlasses verurtheilten Besitzer desselben, der hiernach ein ganzes Vermögen auszuhändigen hat, ein der Verwaltung eines fremden Vermögens analoges Verhältniß eintritt.

Dagegen ist der Besitzer nicht verbunden, ein Inventar zu dem Zwecke vorzulegen, um dem mit der hereditatis petitio Auftretenden in der Vorbereitung zur Erhebung derselben zu dienen. Dazu fehlt es an jedem gesetzlichen Anhalt.

Seuffert, Archiv XII Nr. 345.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 28. April 1862: Die angestellte Erbschaftsklage erscheint insofern als wohl begründet und liquid, als nicht nur die Qualität der Kläger als Erben der Ehefrau J. an sich unbestritten ist, sondern auch der Beklagte den Besitz des Nachlasses unumwunden zugestanden hat. Von Seiten der Kläger bedurfte es unter solchen Umständen einer speciellen Bezeichnung aller einzelnen, zu der fraglichen universitas gehörenden Gegenstände überall nicht. Vielmehr rechtfertigt sich der Antrag, den Beklagten zur Herausgabe der Erbschaft nach einem Inventar oder nach einer eidlichen Specifikation zu verurtheilen, nach Analogie der Vorschrift in l. ult. § 10 C. de jure delib. (6, 30) und nach feststehender Praxis vollkommen; insbesondere entbehrt auch die Meinung des Beklagten, als ob er seinen Stiefkindern gegenüber von Ablegung des Manifestationseides befreit sei, der rechtlichen Begründung.

Ebendas. XVI Nr. 126.

Die hier zur Geltung gekommene Ansicht, die sich namentlich bei den älteren Prozessualisten findet,[1]) wird jedoch von der neueren Doctrin verworfen.

Hierüber spricht sich aus:

Renaud, Zur Lehre vom s. g. Manifestationseide (im Archiv für pract. Rechtswiss. VIII (1860) S. 144, 145: Die Anwendung des Mani-

[1]) So lehrt Carpzov Defin. P. III const. 33 def. 6: Heres vel alius quivis immiscens se bonis ac hereditati defuncti, omnes ii, qui administrationi bonorum alienorum se immiscent, inventarium exhibere, vel hereditatem, bona, jurato indicare tenentur ei, cujus id scire interest.

Desgl. Ch. Ph. Richter († 1673) Variae decis. jur. P. I dec. 58: Quicunque se pro herede gessit, aut alienorum bonorum administrationi se immiscuit, inventarium exhibere, vel eo deficiente juratam specificationem edere tenetur, ita etiam liberi non excusantur.

Vergl. O. A. Walther, Genetische Entwickelung der Lehre vom s. g. Manifestationseide (Marburg 1859) S. 62. S. 65.

festationseides in Erbschafts-Verhältnissen hat man in doppelter Hinsicht über die durch const. ult. § 10 C. de jure delib. gegebenen Gränzen erweitern wollen, indem man einerseits die Auflage eines solchen an einen Nicht-Erben für gestattet erachtete, andrerseits die Delation des Eides an den Erben auch andern als den in jener Constitution bezeichneten Personen erlaubte.

In der ersteren Beziehung wird behauptet, daß der Erbe von dem ihm auf Grund der hereditatis petitio verurtheilten Erbschaftsbesitzer einen Manifestationseid verlangen könne, über dessen Inhalt sich freilich die Neuern meist nicht erklären.

Ausführlicher dagegen äußerten sich hierüber ältere Processualisten.

So stellte Wesenbeck tractat. et resp., P. I cons. XIII no. 5 den Satz auf „quantitatem (sc. bonor. hereditar.) reum debere inter„medio inventario vel juramento declarare, ex l. ult. § licentia C. „de jure delib., l. 2 C. quando et quibus quarta pars, aut in ejus „defectum posse actorem in litem jurare."

Dieselbe Ansicht theilte Andr. Rauchbar († 1602) Quaest. insign. ad juris communis, Saxonici etc. declarationem pertinentium, P. I Quaest. XXIX, indem er jedoch erwähnte, daß andere Rechtsgelehrte, — freilich eximii nominis —, dem mit der hereditatis petitio Besiegten „simul „et conjunctim — tam inventarii legitimi et solemnis exhibitionem „quam jurisjurandi praestationem" auflegen wollten.

Mit Wesenbeck und Rauchbar stimmten auch Hartm. Pistor observat. obs. 137, Carpzow defin. Part. III const. 33 def. 6 und Stryk (Gerbet) de cautel. juram. P. III sect. 3 cap. I no. 2 und no. 53 überein.

Allein mit diesen und einigen andern Zeugnissen, welche für jene Meinung beizubringen wären, läßt sich ein anderer wie particulärer, insbesondere sächsischer Gerichtsgebrauch, nicht nachweisen, während die const. ult. § 10 C. hier in der That keinen Anhalt zu analoger Anwendung darbietet. Denn weder ist daselbst von einer specificatio jurata, noch auch von einer Verpflichtung zur Edirung eines Inventars die Rede, indem in diesem Gesetze vielmehr nur, wie weiter oben gezeigt worden, die Verbindlichkeit zur eidlichen Bekräftigung eines Erbschaftsverzeichnisses, auf welches sich der Beklagte zu seinem eigenen Vortheile berufen, ausgesprochen wird.

Hiernach läßt sich denn kaum einsehen, wie die singuläre Meinung Wetzell's Syst. S. 183 Not. 20 zu rechtfertigen, nach welcher bei der hereditatis petitio die Verklagtenqualität mit Hülfe des Manifestationseides in doppelter Art soll dargelegt werden können, nämlich entweder so, daß der Kläger die Occupation bestimmter Sachen Seitens des Beklagten behaupte und daneben rücksichtlich anderer den Manifestationseid fordere, oder so, daß er nur im Allgemeinen anführe, der Beklagte besitze Erbschaftssachen, und zur Specialisirung derselben sich principaliter jenes Eides bediene.

Von Verlassenschaften, wozu der Erbe unbekannt ist.

Von der Siegelung.

§ 460. «Meldet sich zu dem Nachlasse des Verstorbenen kein Erbe, so muß der Richter die Versiegelung und andere zur Sicherheit der Verlassenschaft erforderlichen Anstalten von Amtswegen vorkehren.»

§ 461. «Ein Gleiches findet Statt, wenn die bekannten oder vermuthlichen Erben insgesammt abwesend sind, oder wenn sich Minderjährige, oder andere ihren Sachen selbst vorzustehen unfähige Personen unter denselben befinden.»

§ 462. «Hat jedoch der Verstorbene einen am Orte gegenwärtigen Ehegatten hinterlassen, so bedarf es, auch bei der Abwesenheit oder Unfähigkeit einiger, oder aller übrigen Erben, dennoch der Regel nach keiner von Amtswegen zu verfügenden Siegelung.»

§ 463. «Vielmehr ist der überlebende im Besitze des Nachlasses verbliebene Ehegatte den andern Erben zur Vorlegung eines auf Erfordern eidlich zu bestärkenden Privatinventarii verpflichtet (§§ 440, 442).»

101. Ueber die erst im neueren Recht dem Erbschaftsrichter unter bestimmten Voraussetzungen zur Pflicht gemachte Vorsorge für die Sicherung des Nachlasses bemerkt Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich S. 21, 22:

> Zu der dem röm. Rechte unbekannten Versiegelung des Nachlasses hat die ausgebildete Idee der freiwilligen Gerichtsbarkeit geführt (Mittermaier deutsches Priv.-R. II § 465 Nr. II, Mohl Präventivjustiz III S. 321 fg.), indem man der richterlichen Thätigkeit als jurisdictio voluntaria wie überhaupt die Hintanhaltung von Rechtsverletzungen so insbesondere die sichere Erhaltung vorhandener Rechte zur Aufgabe machte, zu welchem Zweck das betreffende Rechtsobject in gerichtliche Verwahrung genommen werden soll (Oesterley Versuche aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1830 S. 58). Zur Versiegelung des Nachlasses schreitet das Gericht entweder auf Antrag der Interessenten (des Erben, welcher cum beneficio inventarii antritt, oder der Erbschaftsgläubiger), oder von Amtswegen zur Verhütung einer Verschleppung des Nachlasses, wenn sämmtliche Erben unbekannt oder abwesend sind, wenn das Erbrecht streitig ist, wenn unter den Erben vormundsbedürftige Personen sind, oder wenn der Nachlaß überschuldet

ist. Eine solche Versiegelung findet aber immer nur unter der Voraussetzung statt, daß noch Niemand als Erbe Besitz von der Erbschaft ergriffen hat: ist dieß geschehen, so kann die Versiegelung nur dann erfolgen, wenn gegen den Besitzer des Nachlasses nach allgemeinen Grundsätzen Arrestschlag oder Sicherheitsbestellung verhängt werden kann. (Puchta II. S. 220 fg. Merkel im Rechtslexion XIV S. 712 fg.) [1])

Sehr spezielle Vorschriften über Versiegelung einer Verlassenschaft enthält das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I §§ 15—30.

Neuere Gesetzbücher haben solche Bestimmungen nicht aufgenommen. Das privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich verordnet nur:

§ 1982. „Wenn Erben vorhanden sind, welche entweder unter obrigkeitlicher Vormundschaft stehen oder unter solche gehören, so hat das Waisenamt von sich aus, sobald es von dem Todesfall Kunde erhält, ohne Zögerung die Verlassenschaft zu inventarisiren und soweit es erforderlich ist, unter amtliches Siegel zu legen."

§ 1983. „Die gerichtliche Siegelung der Verlassenschaft wird angeordnet, wenn besondere zureichende Gründe dieselbe rechtfertigen, insbesondere . . .

b. wenn Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden ist, daß erbloses Gut da sei . . ."

Wie es zu halten, wenn nur der Aufenthalt des Erben unbekannt ist.

§ 465. «Ist zwar bekannt, wer Erbe sei; der Aufenthalt desselben aber ist innerhalb dreier Monate vom Todestage des Erblassers nicht ausgemittelt worden, so sind der Erbe und dessen nächste Verwandten, durch öffentliche Bekanntmachung, zur Anmeldung

---

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Comment. B. 41 S. 363: Es pflegt jetzt der Inventarisirung und zwar baldmöglichst eine Versiegelung der Effecten des Erblassers durch eine obrigkeitliche Person oder einen Notarius vorauszugehen, wovon freilich das römische Recht nichts weiß (Stryk us. mod. Pand. 28, 8 § 5. Das Gegentheil nimmt ohne Grund an Leyser med ad. P. sp. 364 m. 5); deshalb darf man die Besiegelung für ein nothwendiges Erforderniß nur da halten, wo sie vorgeschrieben oder hergebracht ist (Strube, rechtl. Bedenk. V Nr. 7), und auch hier pflegt man den Mangel derselben nicht für einen wesentlichen anzusehen, sondern statt deren einen Manifestationseid des Erben (nämlich daß er weder selbst etwas auf die Seite gebracht, noch durch andere bringen lassen) für genügend zu erachten.

bei dem Gerichte, und zur Wahrnehmung ihrer Gerechtsame aufzufordern.»

§ 466. «Der Zweck dieser Aufforderung ist bloß, daß die Existenz der Erbschaft, und die dem Erben und seiner Familie daran zustehenden Rechte so viel als möglich zur Kenntniß derselben gelangen sollen.»

§ 467. «Es bleibt also auch die Art der Bekanntmachung, und wie dieselbe nach Bewandtniß der Umstände am zweckmäßigsten geschehen könne, dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen.»

§ 468. «Uebrigens muß dem abwesenden Erben, wenn er nicht schon mit einem Vormunde versehen ist, ein solcher Vormund sofort bestellt werden.»

Anhang § 10. «Die Bestellung dieses Kurators und die Direktion der Verwaltung gehören zum Geschäftskreis der vormundschaftlichen Behörde (Th. II Tit. 18 § 954).»

§ 469. «Dieser muß wegen Antretung der Erbschaft und Verwaltung derselben, die den Vormündern überhaupt vorgeschriebenen Pflichten beobachten.»

§ 470. «Wegen der Vorladung eines solchen Verschollenen zum Behufe seiner Todeserklärung ist das Erforderliche gehörigen Orts vorgeschrieben. (Th. II Tit. 18 Abschn. 8.)»

102. Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. II art. XIV nr. 10 sqq.: Tunc vero custodia Senatui tribuitur, quando ignoratur, an heres ab intestato supersit. Quod si constet aliquem heredem adesse, cessabit statutum. Sicut de jure communi non constituitur curator, sed ad eorum instantiam, quorum interest, praestituitur futuro heredi ad adeundam vel repudiandam hereditatem . . . Ubi aliqui heredum praesentes sunt, sed unus par ceteris proximitate et jure absens et reditus incertus, non remorabitur hujus absentia ceterorum aditionem, sed ceteris curator adjungetur, qui absentis negotia gerat. Quodsi autem absens sit omnis proximus heres, et incertum vivat an mortuus, si quidem nullum alium agnatum vel cognatum habeat, huic statuto locus erit, quia incertus tunc fit heres; sed ubi illos habuerit, aequum est, pene eos fore bona, eorumque curam, donec redeat, cui successuri, aut quo praemortuo alteri heredes futuri erant.

Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I § 15 a. E.: „. . . Ist es zwar bekannt, wer Erbe sey, derselbe aber abwesend, und sein Aufent-

halt unbekannt; so haben Wir schon, in der allgemeinen Verordnung vom 27. October 1763, vorgeschrieben, wie es mit solchen Abwesenden, deren Güter- und Vermögens-Verwaltung, zu halten sey."

Oesterreichisches Gesetz vom 9. August 1854 über das gerichtliche Verfahren in Rechtsgeschäften außer Streitsachen § 131: „Ist dem Gerichte die Person eines Erben zwar bekannt, der Aufenthalt desselben aber unbekannt, so ist ein Curator für denselben zu bestellen, welchem zwar, wenn Aussicht vorhanden ist den Abwesenden ausforschen und ihn von dem Erbfalle verständigen zu können, eine angemessene Frist hierzu bestimmt werden kann. Läßt sich jedoch die Ausforschung des Abwesenden nicht erwarten oder bleiben die Versuche hierzu ohne Erfolg, so hat das Gericht diesen Abwesenden auf Antrag des Curators. — durch ein auf Ein Jahr gestelltes Edict — mit dem Beisatze von dem Erbfalle in Kenntniß zu setzen, daß die Erbschaft, wenn er während dieser Zeit weder selbst erscheinen noch einen Bevollmächtigten bestellen sollte, in seinem Namen von dem Curator angetreten, die Abhandlung gepflogen und der ihm gebührende reine Nachlaß bis zum Beweise seines Todes oder bis zu seiner erfolgten Todeserklärung für ihn bei Gericht aufbewahrt werden würde."

Privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich § 1969. „So lange ein Abwesender, von dessen Schicksal man keine Kunde hat, noch nicht als verschollen zu betrachten ist, wird eine ihm in der Zwischenzeit angefallene Erbschaft von der Vormundschaft in seinem Namen geltend gemacht."

Die oben angeführten Vorschriften unseres Landrechts machen keinen Unterschied zwischen dem Falle bloßer Abwesenheit und dem eigentlicher Verschollenheit des berufenen Erben. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts unterliegen jedoch beide Fälle einer ganz verschiedenen Beurtheilung. In dem ersteren herrscht nur Zweifel darüber:

ob der bestellte Kurator als solcher befugt ist, die Erbschaft für den Abwesenden anzutreten.

In dem letzteren Falle dagegen fragt es sich vor Allem:

ob die Erbschaft dem Verschollenen angefallen sei.

Ueber den zuerst gedachten Fall sprechen sich aus:

Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts (Jena 1864) S. 424, 425: Hat sich Jemand ohne Bestellung eines Procurators aus der Heimath entfernt, so kann sein zurückgebliebenes Vermögen die Anordnung einer cura absentis nothwendig machen.[1]) Diese cura ist eine cura dativa und nur eine cura bonorum, die keine plena administratio rerum giebt, sondern blos custodia mit dem Rechte, verderbliche Sachen des Abwesenden zu verkaufen und gefährdete Klagerechte desselben anzustellen.[2]) Darüber

[1]) Vergl. Sintenis, das prakt. gemein. Civilr. B. 3 § 156. I. Blätter für Rechtsanw. B. 16 S. 212 f.

[2]) L. 15 pr. D. ex quib. caus. maj. (4, 6); l. 6 § 2 D. quib. ex caus. in

hinausgehende Befugniſſe hat der curator absentis auch durch die gemeinrechtliche Praxis nicht erhalten. Er ſteht daher hinter dem curator minorum zurück. Dieſer kann als Stellvertreter das Erbrecht des Mündels ausüben, derſelbe mag anweſend oder abweſend ſein, ſofern nur ſein Leben nicht zweifelhaft geworden iſt; und eine gleiche Stellung nimmt der Paterfamilias auf Grund der väterlichen Vormundſchaft dem minderjährigen Hausſohne gegenüber ein. Der curator absentis dagegen, der in Ermangelung anderer Vertreter ernannt iſt, hat wie der Generalmandatar nur die Berechtigung, den proviſoriſchen Erbſchaftsbeſitz zu erbitten; der definitive Antritt iſt bei ihm ebenfalls durch die Ratihabition oder durch ein Specialmandat des Abweſenden bedingt . . .

Das O.-A.-G. zu Darmſtadt in dem Erkenntniſſe vom 11. April 1845: Der einem Abweſenden, deſſen Aufenthaltsort unbekannt iſt, beſtellte Curator iſt in dieſer Eigenſchaft nicht legitimirt, eine dem Abweſenden deferirte Erbſchaft für ſeinen Curanden anzutreten und es wird durch die Anordnung einer ſolchen cura dem Rechte der durch die Concurrenz eines Abweſenden in ihrem Erbrechte beſchränkten Miterben nicht präjudiciret, eine Erklärung über Antretung oder Ausſchlagung der Erbſchaft zu verlangen. Der Richter iſt vielmehr in einem ſolchen Falle verpflichtet, auf Antrag der Intereſſenten dem Abweſenden unter dem geſetzlichen Präjudize des Verzichts auf ſein Erbrecht durch öffentliche Ladung zu dieſer Erklärung aufzufordern und nach fruchtloſem Ablaufe dieſes Termins die Erbſchaft den allein ſich meldenden Erben zu überlaſſen. (Seuffert, Archiv III Nr. 185.)[1])

Dagegen wird die oben aufgeſtellte Frage in Betreff der Befugniß des curator absentis zur Erbſchaftsantretung bejaht in einem Erkenntniſſe des L.-G. zu Wolfenbüttel vom 13. Juni 1837:

> . . . Dem für den Abweſenden beſtellten Curator muß das Recht, eine demſelben angefallene Erbſchaft anzutreten, jetzt beigelegt werden, indem a. der Grundſatz des röm. Rechts, daß die Antretung einer Erbſchaft durch einen Curator nicht geſchehen könne, lediglich in den antiquirten Beſtimmungen deſſelben beruht, welche, ſo wie ſie überhaupt die Befugniß, durch einen Andern ſich repräſentiren zu laſſen, ſehr beſchränkten, namentlich bei jedem actus legitimus unbedingt jede Art von Stellvertretung ausſchloſſen, weshalb z. B. auch Vormünder die ihren Pflegebefohlenen angefallenen Erbſchaften nicht antreten konnten, ſondern bei desfallſigen Handlungen die Pflegebefohlenen ſelbſt zuziehen mußten, jener Grundſatz daher dem curator absentis ebenſowenig entgegenſteht, als er bei andern Fällen der Stellvertretung, namentlich der Vormundſchaft, noch in Anwendung gebracht wird; b. der curator absentis, wenngleich nach dem röm. Recht ſeine Thätigkeit auf eine bloße custodia und

---

poss. (42, 4); l. 48 D. de admin. tut. (26, 7); l. 1 § 23, l. 5 § 1 D. de ventre i. p. mitt. (37, 9).

[1]) Vergl. Bopp in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proc. N. F. XVII S. 353 f.

cura bonorum beschränkt sein mochte, doch gegenwärtig in Beziehung auf die active und passive Repräsentation des Abwesenden schon gemeinrechtlich eine ganz andere Stellung einnimmt, wenn seine Befugniß, in Prozessen für den Abwesenden klagend und als Beklagter mit voller rechtlicher Wirkung zu handeln angenommen wird ... (Matthiä, Controversen-Lexicon Th. II Abth. 1 S. 182).

Desgleichen in einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Berlin vom 6. April 1848:

Ein römischer curator absentis hat nur für die Erhaltung des schon vorhandenen Vermögens seines Kuranden zu sorgen, vertritt aber im Uebrigen dessen Willen nicht. Allein die Amtsführung eines deutsch-rechtlichen Abwesenheitsvormundes ist weniger beschränkt; sie steht im Allgemeinen der des Vormundes für einen Minderjährigen gleich, und gestattet ihm auch, ohne Zuziehung seines Mündels dessen Rechte überhaupt wahrzunehmen, insbesondere die demselben angefallene Erbschaft anzutreten und deren Ausantwortung zu fordern. Dafür erklärt sich nicht nur mit dem Allg. Land-Recht I. 9 §§ 465 ff. II. 18 § 19 die Gesetzgebung der übrigen deutschen Länder, sondern auch die gemeinrechtliche Praxis, was auch diejenigen, welche, gleich Cropp, jurist. Abhandl. II S. 170, theoretisch eine andere Ansicht vertheidigen, nicht in Abrede stellen. Vergl. Kraut, die Vormundschaft II S. 246. (Entscheid. des Ob.-Trib. B. 17 S. 87 f.)

Was unser Preußisches Recht betrifft, so ist bei Entscheidung der eben behandelten Frage nicht außer Acht zu lassen, daß nach den Grundsätzen desselben der Erbanfall schon kraft des Gesetzes den Erbschaftserwerb herbeiführt. Geht hiernach letzterer ohne eine Thätigkeit des berufenen Erben vor sich, so läßt sich die Frage gar nicht stellen: ob bei einem Abwesenden der Erbschaftsantritt durch seinen Kurator vermittelt werden kann, sondern nur die:

a) ob der Kurator ermächtigt ist, Namens des Abwesenden der Erbschaft zu entsagen;

b) ob unter allen Umständen, der Kurator möge die Erbschaft antreten, oder ausschlagen, dem Abwesenden nach erlangter Wissenschaft von dem Erbanfalle in Gemäßheit der §§ 383, 384 d. T. die Wahl zusteht, die Erbschaft zu übernehmen, oder ihr zu entsagen.

Es wird kein Bedenken haben, die letztere Frage zu bejahen, womit die erstere sich von selbst erledigt.

Von einer Anwendung des § 390 d. T.:

„Steht der Erbe unter Vormundschaft oder Curatel, so muß die Erklärung (über Antretung oder Entsagung der Erbschaft) von dem Vormunde oder Curator abgegeben werden."

kann im vorliegenden Falle keine Rede sein; denn nicht der Abwesende steht unter Curatel, sondern nur sein zurückgelassenes Vermögen.[1]) Die cura absentis ist auch nach unserem Recht eine reine Realcuratel, da sie nur die Verwaltung der Güter, nicht aber die persönlichen Verhältnisse des Abwesenden angeht, der Kurator daher es nur mit der Erhaltung des vorhandenen Vermögens (custodia), nicht mit der Vertretung einer handlungsunfähigen Person zu thun hat.[2]) Eine dem Abwesenden angefallene Erbschaft gehört nun allerdings nach den Grundsätzen unseres Rechts zu seinem Vermögen. Allein die ganze Thätigkeit des Kurators beschränkt sich, wie erwähnt, auf die Erhaltung und Verwaltung dieses Vermögens. Der auch hier anwendbare § 474 d. T. bezeichnet es deshalb als seine Hauptpflicht: „so viel als möglich dahin zu sehen, daß der Nachlaß in derjenigen Lage, in welcher er sich bei dem Ableben des Erblassers befunden hat, erhalten werde." Hiernach charakterisiren sich sämmtliche, von dem Kurator in Betreff der angefallenen Erbschaft vorzunehmenden Handlungen als rein provisorische, auf Erhaltung des status quo abzweckende Maßregeln. Damit wäre die Ausschlagung der Erbschaft ebenso unvereinbar, als eine definitive Uebernahme derselben, da die eine, wie die andere dem Abwesenden das einem jeden Erben von dem Gesetze eingeräumte Wahlrecht entziehen würde.[3])

Was nun den zweiten der oben unterschiedenen beiden Fälle betrifft, nämlich den Fall der Verschollenheit des Abwesenden, dem, wenn

---

[1]) Es ist daher eine ganz unpassende Bezeichnung dieser staatlichen Fürsorge, wenn das Allg. Land-Recht II. 18 §§ 19 ff. von einer Bevormundung des Abwesenden spricht — ein Ausdruck, den es übrigens nicht consequent festgehalten hat. (Auch das Register zum A. L. R. enthält nur die Bezeichnung „Curatel über Abwesende.")

[2]) Vergl. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon III S. 219 f.
Bluntschli, deutsches Privatrecht § 183.
Mit Recht wird daher in einem Erkenntnisse des (vormaligen) O. A. G. zu Wolfenbüttel vom 10. Juli 1838 gesagt: Die Willenserklärung desjenigen, dem die Erbschaft angefallen ist, ist zur Antretung erforderlich; der nicht die Person des Abwesenden, sondern nur das von demselben zurückgelassene Vermögen vertretende Curator ist in dieser Eigenschaft zu solcher Willenserklärung nicht befugt (Seuffert, Archiv IX Nr. 49).

[3]) Der hier angedeutete Gesichtspunkt findet sich ganz richtig angewendet in der Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt Bremen, welche Folgendes bestimmt:
§ 263. Ist der zur Erbschaft berufene einheimische oder auswärtige Erbe zwar bekannt, aber im Bremischen Staate weder persönlich anwesend

er noch lebte, eine Erbschaft zugekommen wäre, so ist derselbe in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis vielfach erörtert worden.[1])

Der neueste Schriftsteller, Köppen sagt hierüber a. a. O. S. 425 f.:

> In den bisher besprochenen Fällen ist vorausgesetzt, daß man den Wohnort des Abwesenden kennt und sich deshalb nachweisen läßt, daß er erst nach der Delation gestorben ist. Hat man über seinen Aufenthalt keine Kunde, weil bereits seit längerer Zeit alle Nachrichten ausgeblieben sind, so handelt es sich nicht mehr um einen Abwesenden im gewöhnlichen Sinne, sondern um eine Person, deren Existenz in Folge ihrer Abwesenheit fraglich geworden ist. Es läßt sich nicht ermitteln, ob sie noch lebt, oder ob und wann sie gestorben ist, die Abwesenheit ist deshalb in das Stadium der Verschollenheit übergegangen. Wo ein Verschollener als Erbe berufen wird, ist also ungewiß, ob das Subject für das Erbrecht überhaupt existirt. Es entsteht daher die Frage, ob er bei der Delation mitgezählt oder von derselben ausgeschlossen werden soll. Das röm. Recht reservirt dem Verschollenen sein Erbrecht wie dem Abwesenden, dessen Leben gewiß ist, und läßt durch seine Vertreter die Erbittung des provisorischen Erbschaftsbesitzes zu, indem es nach Analogie theils des nasciturus, theils des furiosus die bloße Möglichkeit berücksichtigt, daß das Subject für jenes Recht noch in rerum natura ist, und daß es demnächst in eine Lage kommt, in der es von demselben Gebrauch machen kann. Dabei wird aber der Verschollene nicht definitiv als lebend präsumirt, sondern die Frage, ob er lebt, ist in pendenti und entscheidet sich erst ex postfacto, durch seine Rückkehr oder durch den späteren Nachweis seines Todes. Die Ausübung des reservirten Erbrechts ist daher auf alle Fälle unmöglich, weil seine Existenz ungewiß ist; auch ein Repräsentant,

---

noch vertreten, so wird für ihn von der Vormundschaftsbehörde ein Curator bestellt, sofern sein Interesse oder das anderer Betheiligter diese Maßregel als dringend erscheinen läßt.

§ 264. Ein solcher Curator ist berechtigt, den interimistischen Besitz der Erbschaft für den Abwesenden zu erwerben.

§ 265. Er vertritt den Willen des Abwesenden, und zwar auch vor Gericht, jedoch nur in allen den Nachlaß betreffenden Angelegenheiten. Das Recht zur Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft wird aber durch seine Handlungen oder Unterlassungen dem Abwesenden nicht benommen.

[1]) Heise und Cropp, Jurist. Abhandl. B. 2 S. 142 ff.
Pfeiffer, Praktische Ausführ. B. 4 S. 360 ff.
Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Comm. B. 42 S. 462 ff.
Kraut, die Vormundschaft, B. 2 §§ 62—66.
Schäffer in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. V S. 397 ff.
Steinberger in Weiske's Rechtslexicon XII S. 695—705.
Bruns in Bekker's und Muther's Jahrbuch I S. 90 ff.

Digitized by Google

der an sich dieselbe vornehmen dürfte, kann aus diesem Grunde den Verschollenen nicht vertreten. Der provisorische Zustand zu Gunsten des Verschollenen schließt die Mit- und Nacherben so lange aus, bis sie den Tod desselben beweisen können. Das röm. Recht kennt keine Todespräsumtion und überhaupt kein anderes Mittel, wodurch die Ungewißheit für die interessirten Personen ihr Ende erreicht... Es erklärt sich dies aus dem freien römischen Beweisprincip, nach welchem der Richter den Tod einer Person schon als bewiesen ansehen konnte, wenn er ihn auf Grund der concreten Umstände in seiner moralischen Ueberzeugung für wahrscheinlich hielt ... Durch die Ausbildung der modernen Beweistheorie im Mittelalter, welche die Entscheidung des Richters von festen Beweisregeln abhängig machte, verloren die röm. Vorschriften das zu ihrer praktischen Durchführung erforderliche Fundament. Der nach ihnen zu führende Beweis wurde jetzt in dem Maße erschwert, daß man nothwendig zu juristischen Präsumtionen hingedrängt werden mußte. (Es folgt nun ein Ueberblick über die historische Entwickelung des Verschollenheitsrechts, dem die oben citirte Abhandlung von Bruns zum Grunde liegt. Es wird gezeigt, wie sich, namentlich durch die Sächsische Praxis, neben der praesumtio mortis eine praesumtio vitae ausbildete, wonach man das Ende der Lebenspräsumtion — die Vollendung des siebzigsten (früher des hundertsten) Lebensjahres — als den Augenblick der Todespräsumtion betrachtete und an die Stelle der successio ex tunc die successio ex nunc setzte.)

Diese Lebenspräsumtion[1]) ist auch in unser Preußisches Recht übergegangen.

---

[1]) In der neueren gemeinrechtlichen Praxis hat sich ein entschiedener Widerspruch dagegen erhoben. Vergl. die Erkenntnisse des O. A. G. zu Cassel vom 27. März 1822 (Pfeiffer, pract. Ausführ. IV S. 388), des O. A. G. zu Celle vom 15. Oktober 1833 (Seuffert, Archiv IX Nr. 254), des (vormaligen) O. A. G. zu Wolfenbüttel vom 10. Juli 1838 (ebendas. Nr. 49), des O. A. G. zu Oldenburg (ebend. I Nr. 160), des O. A. G. zu Rostock vom 20. Januar 1855 (ebendas. XII. Nr. 1), des Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 8./10. Juli 1862 (ebendas. XV Nr. 199).

Köppen a. a. O. S. 444 f. hält diesen Widerspruch für begründet. Die Lebenspräsumtion — so bemerkt er — steht in der That, so weit darauf der Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen gestützt wird, mit dem Rechtsgefühl nicht im Einklang. Wenn es sich darum handelt, wie lange einer verschollenen Person ihr zurückgelassenes Vermögen zu erhalten, und wann sie zu beerben ist, so erscheint es als eine gerechte Fürsorge, ihren Tod erst mit diesem Zeitpunkte zu präsumiren, wo sie das der Regel nach höchste Lebensalter des Menschen erreicht haben würde. Wird aber diese Präsumtion auch dazu benutzt, um für sie noch Erwerbungen aus Erb- und Vermächtnißrechten zu ermöglichen, so kann darin nicht mehr eine billige Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen, sondern nur eine Verrückung des Erbgangs gefunden werden, die auf Kosten der berechtigten Personen zum Nutzen Nicht-

Der § 38 Tit. 1 Th. I beſtimmt:

„Kommt es darauf an, ob Jemand einen gewiſſen Erb- oder andern Anfall noch erlebt habe, ſo wird vermuthet, daß ein

---

berechtigter bewirkt wird. Die Erfahrung lehrt, daß den Verſchollenen ſelbſt jene Erwerbungen nicht zu Gute kommen, weil ſie nicht zurückzukehren pflegen. Sie lehrt ferner, daß bei den heutigen Verkehrsmitteln öffentliche Ladungen einen Abweſenden in den entfernteſten Himmelsſtrichen erreichen und daß er ihnen nachkommt, wo ſein Vortheil ihn dazu antreiben muß. Haben ſie dieſen Erfolg nicht, ſo läßt ſich alſo daraus wohl ſein Tod, unmöglich aber die Vermuthung folgern, daß er demungeachtet noch bis zum vollendeten ſiebzigſten Jahre gelebt habe. Es führt daher die Lebenspräſumtion zu dem Ergebniß, daß bei der Beerbung des Verſchollenen aus ſeiner Perſon Erbſchaften und Vermächtniſſe auf ſeine Erben transmittirt werden, deren Anfall er, wie man mit Grund annehmen muß, nicht mehr erlebt hat. Dies Ergebniß verletzt den Rechtsſatz, nach welchem eine Perſon nach ihrem Tode nichts mehr erben kann, und widerſtreitet zugleich dem beim nasciturus ausdrücklich anerkannten Princip, daß aus der rechtlichen Fürſorge für hülfsbedürftige Perſonen Dritten keine Vortheile erwachſen dürfen... Hiernach ergeben ſich folgende Grundſätze, welche beim Anfall von Erbſchaften und Vermächtniſſen an Verſchollene maßgebend ſein müſſen:

1. Die Präſumtion, daß ein Verſchollener bis zum ſiebzigſten Jahre gelebt und mit Vollendung desſelben geſtorben iſt, tritt nur hinſichtlich ſeiner eigenen Beerbung ein. Sie greift nicht Platz, wenn für ihn ſelbſt Erwerbungen von Todeswegen in Frage ſtehen. Wer ſolche aus ſeiner Perſon beanſprucht, muß den Beweis führen, daß er den Anfall noch erlebt hat, dazu genügt nicht der Beweis ſeiner Geburt, weil ſich die Fortdauer des Lebens nicht von ſelbſt verſteht. Die Fortdauer eines factiſchen Zuſtandes iſt nichts anderes, als das fortwährende Daſein desſelben, und fällt damit unter die allgemeine Regel, daß das Daſein von Thatſachen nicht vermuthet wird.

2. Es können daher auch die nächſten Erben des Verſchollenen, welche die deutſch-rechtliche Cura über ſein Vermögen erhalten haben, für ihn keine Erbſchaft antreten und kein Vermächtniß erwerben. Ihre Berechtigung beſchränkt ſich darauf, darüber zu wachen, daß der Verſchollene durch öffentliche Ladung vom Anfall Kenntniß erhält, und daß ihm durch weit erſtreckte Termine die Möglichkeit des perſönlichen Erwerbes offen gehalten wird.

3. Die Edictalcitation darf nicht unter der Androhung erfolgen, daß im Falle des Ausbleibens ſeine Repudiation angenommen werden ſolle, ſondern an ſein Nichterſcheinen iſt nur die Folge zu knüpfen, daß über die Erbſchaft wird verfügt werden, wie wenn er nicht vorhanden ſei.

4. Bleibt die Edictalcitation ohne Erfolg, ſo fällt die Erbſchaft an die Mit- oder Nacherben des Verſchollenen. Eine Caution haben dieſelben nicht zu leiſten, weil ſein Fortleben nicht vermuthet wird, und die bloße Möglichkeit desſelben für ſie keine nachtheiligen Folgen haben darf.

5. Kehrt der Verſchollene zurück, oder kann demnächſt ſein rechtmäßiger Nachfolger beweiſen, daß er den Anfall der fraglichen Erbſchaften oder Ver-

Mensch, von dessen Leben oder Tode keine Nachricht zu erhalten ist, nur siebenzig Jahre alt geworden sei." [1])

Eine ähnliche Vorschrift, nur in allgemeinerer Fassung und mit veränderter Zeitbestimmung, enthält das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 45. „Geht ein Berechtigter in Bezug auf dasselbe Recht einem andern Berechtigten vor, oder sind beide neben einander dergestalt berechtigt, daß bei dem Wegfalle des einen der andere allein berechtigt ist, so soll, wenn das Leben des näher oder gleich nahe Berechtigten ungewiß ist, derselbe aber das neunzigste Lebensjahr erfüllt hat, dessen Tod ohne Todeserklärung zu Gunsten des andern Berechtigten vermuthet werden." [2])

Eigenthümlich sind die Bestimmungen des privatrechtl. Gesetzbuches für den Kanton Zürich:

§ 13. „Ein Abwesender, dessen Schicksal nicht ausgemittelt werden kann, wird von dem Tage an, auf welchen sich die letzte sichere Kunde

---

mächtnisse noch erlebte, so stehen diesem wie jenem alle Klagen auf Herausgabe derselben zu, sofern die Verjährungsfrist noch nicht eingetreten ist.

Vergl. auch Unger, System des österreich. allg. Privatrechts I S. 244 ff. und die daselbst Note 44 angeführten Schriftsteller.

[1]) Vergl. Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 6. April 1848 (Entscheid. B. 17 S. 87 ff.).

Von gleichen Grundsätzen geht aus (in Abweichung von den in der vorhergehenden Note angeführten Entscheidungen) ein Erkenntniß des O. A. G. zu Celle von 1846: Nach richtiger Theorie muß der Zeitpunkt, an welchem die gerichtliche Todeserklärung eines Verschollenen erfolgt ist, bis zum Beweise des Gegentheils als der wirkliche Todestag des Verschollenen angesehen werden. Handelt es sich nun um die Beerbung einer Person, welche vor jenem Zeitpunkte verstirbt, so ist anzunehmen, daß der Verschollene dieselbe wirklich überlebt habe und zu ihrer Beerbung im Stande gewesen sei (Seuffert, Archiv V Nr. 31).

Desgleichen ein Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 27. April 1855: ... Es entspricht schon dem römischem Rechte, einen als lebend einmal anerkannten Menschen, so lange für fortlebend anzunehmen, bis der Eintritt des Todes erwiesen wird. Wenn nun durch Gewohnheitsrecht zur Beseitigung der über das Leben oder den Tod eines Abwesenden bestehenden Ungewißheit das 70. Lebensjahr als der Zeitpunkt angenommen wird, von welchem an der Abwesende nicht mehr als lebend angenommen werden soll, so ist dadurch umgekehrt in Folge natürlicher Consequenz die Annahme begründet, daß das Leben des Abwesenden bis dahin fortgedauert habe. Ohne diese Annahme würde ein Widerspruch mit der Festsetzung eines bestimmten Zeitpunktes, als anzunehmenden Todestages, vorliegen, da diese Bestimmung unvereinbar mit der Voraussetzung sein würde, daß der Abwesende dennoch schon vor diesem Tage nicht mehr gelebt habe (ebendas. IX Nr. 310).

[2]) Vergl. dazu Siebenhaar, Commentar zu dem bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen (Leipzig 1864) S. 79, 80.

von ſeinem Leben bezieht, noch fünfzehn Jahre lang als lebend vermuthet.“ [1])

§ 14. „Ausgenommen iſt . . .

b. der Fall, wenn der Abweſende, inſofern er noch lebte, ein Alter von achtzig Jahren bereits überſchritten hätte.

In dieſen Fällen wird die Vermuthung für das Leben aufgehoben . . . durch den Beweis eines Alters von mehr als achtzig Jahren und iſt der Abweſende als verſchollen zu betrachten.“ [2])

§ 15. „Nach Ablauf von 15 Jahren gilt, auch abgeſehen von den Vorausſetzungen des § 14, keinerlei Vermuthung mehr für das Leben, und es wird der Abweſende nunmehr als verſchollen angeſehen.“ [3])

Der Code civil verordnet dagegen über die Wirkungen der Abweſenheit in Beziehung auf die dem Abweſenden anfallenden Erbſchaften:

Art. 136. „S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera

---

[1]) Bluntſchli in ſeinen Erläuter. dazu I. S. 27, 28 führt folgendes Beiſpiel an: A unternimmt eine wiſſenſchaftliche Reiſe ins Innere von Afrika. Die letzte ſichere Nachricht von ſeinem Leben gibt ein Brief aus Kairo vom 1. Januar 1830. Im Jahre 1840 ſtirbt ſeine Mutter B und hinterläßt als nächſte Anverwandten außer ihm zwei Brüder. Hier wird er als einziger Erbe ſeiner Mutter angeſehen und die Erbſchaft von Seiten der ſtellvertretenden Vormundſchaft für ihn bezogen und verwahrt. Die Brüder der Mutter dagegen werden ausgeſchloſſen, obwohl ſie die rechtmäßigen Erben wären, wenn der unbekannt abweſende Sohn todt wäre. Um jener geſetzlichen Vermuthung willen müſſen daher die Brüder, wenn ſie die Erbſchaft anſprechen, ſeinen früheren Tod beweiſen. Können ſie das nicht und wird er erſt in der Folge durch das Gericht als todt erklärt, ſo geht die Erbſchaft der Mutter dannzumal als ſeine Erbſchaft auf ſeinen eigenen nächſten Erben über.

[2]) Bluntſchli a. a. O. S. 29 bemerkt dazu: Wenn daher nach dem Tage, an welchem der abweſende Greis ein Alter von 80 Jahren erreicht hatte, ein Anverwandter des ſo Verſchollenen ſtirbt, ſo fällt jene Erbſchaft nicht mehr dem Verſchollenen anheim, ſondern ohne Rückſicht auf dieſen an die übrigen nächſten Erben.

[3]) Bluntſchli a. a. O. S. 29 bemerkt dazu: Nach Ablauf von 15 Jahren der unbekannten Abweſenheit . . . beſteht ſomit überall keine geſetzliche Vermuthung mehr weder für das Leben noch für den Tod. Und die einfachen Beweisregeln machen ſich geltend, wonach jeder, der ein Recht anſpricht, diejenigen beſtrittenen Thatſachen zu beweiſen hat, auf welche das behauptete Recht ſich ſtützt. Wenn ſomit nachher ein Erblaſſer ſtirbt, deſſen nächſter Erbe der Abweſende wäre, vorausgeſetzt, daß er den Tod des erſtern wirklich erlebt hätte, ſo wird die Vormundſchaftsbehörde als Stellvertreter des unbekannt Abweſenden dieſe Verlaſſenſchaft nicht mehr in ſeinem Namen anſprechen können, weil ihr der Beweis jenes faktiſchen Verhältniſſes des Lebens des Erben zur Zeit des Todes des Erblaſſers unmöglich fällt.

dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut."

Art. 137. „Les dispositions des deux articles précédens auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité, et d'autres droits, lesquels compèteront à l'absent, ou à ses représentans ou ayant cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription."

Wie es zu halten, wenn, wer Erbe sei, unbekannt ist.

§ 471. «Ist gar nicht bekannt, wer Erbe sei, so muß der Richter, nach Ablauf dreier-Monate vom Todestage des Erblassers, oder auch noch früher, wenn es die Umstände des Nachlasses erfordern, demselben einen Curator bestellen.»

§ 472. «Dieser muß, wegen Antretung der Erbschaft und Aufnehmung eines Inventarii, die Rechte des unbekannten Erben beobachten.»

§ 473. «Wegen Verwaltung des Nachlasses hat zwar auch ein solcher Curator überhaupt die Rechte und Pflichten eines Vormundes.»

§ 474. «Doch muß er so viel als möglich dahin sehen, daß der Nachlaß in derjenigen Lage, in welcher er sich bei dem Ableben des Erblassers befunden hat, erhalten werde.»

§ 475. «Er darf also keine Grundstücke veräußern; keine sicher ausstehenden Capitalien aufkündigen; keine neuen Geschäfte unternehmen; und auch das bewegliche Vermögen nur soweit, als es bei längerer Aufbewahrung verderben, oder die Kosten dieser Aufbewahrung dem Werthe der Sache nicht verhältnißmäßig sein würden, ins Geld setzen.»

103. Ulp. l. 8 D. quib. ex caus. in poss. (42, 4): Si diu incertum est, heres extiturus, nec ne sit, causa cognita permitti oportebit, bona rei servandae causa possideri; et si ita res urgeat vel conditio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur.

Id. l. 2 pr. D. de cur. bon. dand. (42, 7): De curatore constituendo hoc jure utimur: ut Praetor adeatur, isque curatorem cura-

toresque constituat ex consensu majoris partis creditorum: vel praeses provinciae, si bona distrahenda in provincia sunt. Quaeque per eum eosve, qui ita creatus, creactive essent, acta facta gestaque sunt, rata habebuntur. Eisque actiones, et in eos utiles competunt.

Mevii com. ad Jus Lub. P. II tit. II art. XIV nr. 6 sq.: Tria praecipue incumbunt magistratui: annotatio, seu inventarii confectio, custodia et administratio. Earum causa jacenti hereditati curator bonorum a magistratu dari solet ad instantiam creditorum, vel ex officio. Gail II obs. 103 nr. 2.

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2247. „Sind alle Erben unbekannt, ſo hat das Erbſchaftsgericht amtswegen für die Erbſchaft einen Vertreter zu beſtellen. . .“

§ 2248. „Der Vertreter hat für die Erhaltung der Erbſchaft zu ſorgen; zu derſelben gehörige Gegenſtände darf er nur veräußern, wenn ſie ſich nicht ohne Gefahr und Schaden erhalten laſſen. Im Uebrigen iſt ſeine Verwaltung der Erbſchaft nach den Vorſchriften über die Altersvormundſchaft zu beurtheilen.“ [1])

Bremiſche Verordnung für Debit- und Nachlaßſachen vom 24 Mai 1843. § 267. „Iſt kein bekannter Erbe vorhanden, ſo wird vom Obergerichte auf Antrag der Betheiligten oder auch von Amtswegen ein Curator des Nachlaſſes ernannt. . .“

§ 268. „Der Nachlaßcurator hat für die Errichtung eines Inventars Sorge zu tragen. In Anſehung ſeiner ſonſtigen Rechte und Verbindlichkeiten ſteht er den Vertretern einer Debitmaſſe gleich.“

Privatrechtl. Geſetzbuch für den Kanton Zürich. § 1985. „Ueberdieß iſt das Gericht berechtigt, wenn die gerichtliche Siegelung angeordnet iſt und das Bedürfniß es erheiſcht, einen Güterverwalter für die Verlaſſenſchaft oder einen Theil derſelben zu ernennen und demſelben die erforderlichen Vollmachten und Aufträge zu geben, Alles in dem Sinne, daß dabei vorzüglich dafür zu ſorgen iſt, daß der Beſtand der Verlaſſenſchaft ungeſchmälert erhalten bleibe, und auch die Rechte ſowohl der Erben als der Gläubiger gewahrt werden.“ [2])

---

[1]) Ueber das Oeſterreichiſche Recht bemerkt Unger, das öſterreichiſche Erbrecht S. 29: Die Aufſtellung eines Verwalters und Vertreters für die ruhende Erbſchaft (Verlaſſenſchaftscurator) erfolgt entweder von Amtswegen im Intereſſe der unbekannten, deliberirenden oder ſäumigen Erben (§§ 78. 79. 118. 128. Geſetz vom 9. Auguſt 1854) oder auf Verlangen der Erbſchaftsgläubiger, welche ihre Anſprüche auch gegen die ruhende Erbſchaft geltend machen können. Seine Aufgabe iſt eine beſchränkte: er hat nur für die Erhaltung, nicht auch für die Vermehrung des Erbvermögens zu ſorgen (§ 129. 145. Geſetz vom 9. Auguſt 1854) und daher in der Regel nur ſolche Handlungen vorzunehmen, welche erforderlich ſind, um das Erbvermögen ungeſchmälert zu erhalten und vor Nachtheil zu bewahren.

[2]) Vergl. auch Code civil art. 812—814 und dazu Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franzöſ. Civilr. (5. Aufl.) IV § 641. 642.

Die Verfasser unseres Landrechts scheinen sich das Wesen der hier in Rede stehenden Kuratel nicht klar gedacht zu haben. Die darüber gegebenen Vorschriften mischen die cura bonorum und die cura personae durch einander und schaffen dadurch ein Zwitterinstitut, so daß der Kurator bald als Güterpfleger,[1]) bald als Vertreter des unbekannten Erben erscheint.[2]) Die letztere Stellung ist ihm ausschließlich im § 472 so wie im § 476 zugewiesen, indem ihm darin zur Pflicht gemacht ist, „wegen Antretung der Erbschaft und Aufnehmung eines Inventarii, die Rechte des unbekannten Erben zu beobachten" — „vornehmlich aber die Ausmittelung und Entdeckung des eigentlichen Erben sich möglichst angelegen sein zu lassen."[3])

---

[1]) „Verlassenschafts-Curator" (§ 487 d. T.); „Curator des Nachlasses" (§ 490 d. T.).

[2]) In dem weiter unten zu besprechenden § 487 wird ihm sogar noch eine dritte Eigenschaft beigelegt — die eines Contradictors bei Erörterung der Legitimation des sich meldenden Erben.

[3]) Vergl. Arndts und Leonhard, das Preuß. Vormundschaftsrecht (Berlin, 1862) S. 18 Note 31: Der Kurator wird nicht dem Nachlaß, sondern dem unbekannten Erben bestellt, obwohl §§ 471 und 490 a. a. O. das Gegentheil aussprechen, und die Praxis allgemein den Namen: „Nachlaß-Kurator" anwendet (Rescr. vom 12. Februar 1798b. Rabe. V. S. 40).

Anders im römischen Recht.

Vergl. Pagenstecher, Pandekten-Praktikum (Heidelberg 1860) S. 635 f.: Wird ein Nachlaßpfleger (curator hereditatis) bestellt, so ist dieser ein curator bonorum, nicht personae. Denn „domini loco habetur hereditas" l. 15 pr. interrog. in jure 11, 1, „defuncti locum obtinet" l. 31 § 1 h. t. 28, 5; die hereditas aber ist unpersönlich:.. Ist demnach der Nachlaßpfleger in der That kein Personenpfleger, so hat er auch kein volles und freies Verwaltungsrecht, sondern bloße Obhut und Fürsorge, daß nichts umkomme und abgehe; verkaufen (l. 48 de adm. tut. 26, 7), prozessiren (l. 14 pr. de auct. jud. 42, 5) darf er nur in Nothfällen, bei Gefahr im Verzuge. Begonnene Geschäfte, die er vorfindet, führt er im Geiste des Verstorbenen und im Interesse des Nachlasses pflichtmäßig zu Ende ...

Erkenntniß des (vormal.) O. A. G. zu Wolfenbüttel vom 14. Oktober 1845: Der curator hereditatis ist die Erbmasse zu vertreten, insbesondere Behufs Befriedigung der andringenden Gläubiger die nöthigen Veräußerungen vorzunehmen berechtigt und verpflichtet (l. 8. l. 9. ex quib. caus. in poss. (42, 4), l. 23 § 2, 3, 4 de her. inst. (28, 5) und im Allgemeinen ist jeder Curator innerhalb seines Wirkungskreises das seiner Aufsicht unterworfene Vermögen activ und passiv vor Gericht zu vertreten für befugt zu erachten (Matthiä, Controversen-Lexicon Th. II Abth. 1 S. 202).

Vergl. auch Martin, Ueber Proceßführungsbefugniß des Erbschaftscurators (im Archiv für pract. Rechtswiss. IX. S. 361 f.).

104. Ist ein Nachlaßkurator formell gehörig bestellt, so kann der von ihm belangte Erbschaftsschuldner keinen Einwand gegen seine Legitimation daraus entnehmen, daß zu der eingeleiteten Curatel keine genügende Veranlassung vorlag.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 28. October 1852: Gestützt auf das ihm von dem zuständigen Gericht ertheilte Curatorium klagte der Curator einer Erbmasse gegen einen Schuldner derselben. Dieser bestritt die Legitimation des Klägers, indem er auszuführen suchte, daß es an einer rechtlichen Veranlassung zu dieser Curatelbestellung gefehlt habe, dieselbe daher nichtig sei. Das O.-A.-G. zu Kiel verwarf aber diese Einrede, weil der Beklagte in seiner Eigenschaft als Schuldner der Masse so wenig legitimirt ist, das formell fehlerfreie Curatorium aus dem angeführten Grunde anzufechten, als dabei ein rechtliches Interesse auf seiner Seite obwaltet, da er, gestützt auf die Rechtsvermuthung der Legalität gerichtlicher Handlungen, ohne alle Gefahr an den vom Gerichte bestellten Curator zahlen und mit ihm Prozesse führen kann, indem, selbst wenn das Curatorium etwa später auf den, im Wege der Extrajudicialbeschwerde anzubringenden Antrag der betheiligten Erben aus dem vom Beklagten vorgebrachten Grunde gerichtlich für nicht zu Recht beständig erklärt werden sollte, doch die von dem Curator als solchem inzwischen vorgenommenen Handlungen, sofern durch dieselben dritten Personen Rechte erworben worden, diesen gegenüber gültig bleiben würden. (Seuffert, Archiv VI Nr. 219.)

Ebensowenig würde es dem Schuldner zustehen, dem Kurator die Kündigungsbefugniß unter Hinweisung auf § 475 mit der Behauptung streitig zu machen, daß das betreffende Capital zu den „sicher ausstehenden" gehöre, also der Einziehung des Kurators nicht unterliege.

---

§ 476. «Vornehmlich aber muß der Curator sich die Ausmittelung und Entdeckung des eigentlichen Erben möglichst angelegen sein lassen.»

§ 477. «Sind diese Bemühungen fruchtlos, so müssen der unbekannte Erbe und dessen Erben oder nächste Verwandten öffentlich vorgeladen werden.» [1])

§ 478. «Diese Vorladung muß in der Regel nach Verlauf anderer drei Monate vom Tage der Anordnung des Curators geschehen.»

§ 479. «Doch kann der Richter diese Frist verlängern,

---

[1]) Vergl. dazu die Bestimmung des § 11 des Anhanges.

In Betreff der Entstehung derselben ist auf Bornemann, Syst. Darstell. des Preuß. Civilr. VI S. 322 f. (2. Ausg.) zu verweisen.

wenn noch Hoffnung, den Erben auf andere Art auszuforschen, vorhanden ist.»

§ 481. «Meldet sich in dem anberaumten Termine kein Erbe, so fällt der Nachlaß als ein herrenloses Gut dem Fiskus anheim (Th. 2 Tit. 15 Abschn. 2).»

105. Das römische Recht kennt keine Verpflichtung des Nachlaßrichters, für die Ausmittelung des Erben Sorge zu tragen.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel von 1832: Es ist nicht Aufgabe der Verlassenschaftsbehörde, die Intestaterben des Verstorbenen von Amtswegen (durch Edictalladung) auszumitteln. Die entgegengesetzte Ansicht ist nicht in der Natur der Sache gegründet und hat ebensowenig Vorschriften der Gesetze für sich. Vom Gerichte wird in der Regel nur für diejenigen gesorgt, welche ihre Ansprüche anmelden und geltend machen. Zudem liegt Ausmittelung und Feststellung des Erbrechts dieser oder jener Personen ganz außer der Sphäre der Verlassenschaftsbehörde; durch die Erledigung der Verlassenschaftssache wird keiner Rechtsverfolgung der Interessenten präjudicirt. (Seuffert, Archiv III Nr. 278.)

Allein schon im gemeinen Rechte bildete sich diese Nachforschung nach den Erben als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus — theils in Folge der dem Richter zur Pflicht gemachten Siegelung des Nachlasses, zu dem kein Erbe sich meldet,[1]) indem diese von selbst die Nothwendigkeit herbeiführte, denjenigen auszumitteln, welchem die unter gerichtliche Obhut genommene Verlassenschaft auszuantworten sei, theils im fiskalischen Interesse, um das Vorhandensein eines, dem Fiskus verfallenen, erblosen Gutes festzustellen.

Mascardi, de Probationibus concl. 208: Bona defuncti esse vacantia ex eo probari, quod vocatis proximioribus defuncti primi gradus, qui illi succedere debent ab intestato, nullus statuto tempore, sui copiam faciat, nos docuit Accurs. Verum illud observes, nominatim eos esse compellendos, ad quos prima causa successionis spectat ... quibus vocatis debet statui terminus ad deliberandum, velit adire, nec ne, terminus erit minimum centum dierum. Si nullus apparebit, satis probatum dicetur, bona esse vacantia.

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. II art. XIV art. 20. 21: Omni controversiae praevertendae expediet, ante omnia publice affigi proclamata et denunciari, ut si qui defuncti hereditatem sibi deberi putent, intra terminum certum, eum vero tam latum, ut cujus interest resciscere et comparare queat, se sistant, demum postea nemine comparente aut sanguinis, aliudve jus probante fisco locus fiat. Idque a magistratu loci fieri debere scribit Cothman. consil. 33 n. 19

[1]) S. oben die Glossen zu § 460 d. T.

Vol. I. Sed nostro jure non tam opus, quam saltem utile id videtur. Quod et utiliter observatum reperi. Ex eo quod in praefixo termino nemo jus seu interesse ad bona probans comparet, bona habentur et probantur vacantia.

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2619. „Ein Nachlaß kann nicht eher für erblos angesehen werden, als bis die möglicherweise vorhandenen unbekannten Erben vorgeladen und durch richterliches Erkenntniß ausgeschlossen worden sind.“ [1])

Großh. Hessischer Entwurf Abth. 3 Art. 359: „Wenn bei dem Tode des Erblassers die Erben unbekannt sind, oder die Bekannten der Erbschaft entsagt haben, so hat das Erbschaftsgericht, auf Antrag der Erbschaftsgläubiger oder Vermächtnißnehmer oder von Amtswegen, diejenigen, welche als Erben auf den Nachlaß Anspruch machen wollen, öffentlich vorzuladen und dabei eine Frist zur Anmeldung zu bestimmen.“ [2])

Von der Legitimation der Erben.

§ 482. «Meldet sich vor oder in dem anberaumten Termine ein Erbe, so muß er dem Richter sein Erbrecht gehörig nachweisen.»

§ 483. «Eine gleiche Verbindlichkeit liegt, auch außer dem

---

[1]) Ueber das Oesterreichische Recht sagt Unger (das österr. Erbrecht S. 384): Der Nachlaß kann erst dann als erblos angesehen und eingezogen werden, wenn die bekannten Erben trotz wiederholter Aufforderung ihr Erbrecht nicht geltend machen und die möglicherweise vorhandenen unbekannten Erben mittelst Ediktes zur Geltendmachung ihrer Erbansprüche binnen Jahresfrist aufgefordert worden sind (Gesetz vom 9. August 1854 § 128) und diese Frist unbenutzt oder doch resultatlos verstrichen ist. Für die Zwischenzeit ist ein Verlassenschaftscurator zu bestellen (§ 128 ebenda), dessen Aufgabe unter anderem darin besteht, für die Ausmittelung der Erben nach Kräften zu sorgen (§ 129 ebenda).

[2]) In den Motiven (S. 205) wird dazu bemerkt:

Die Voraussetzung für den Anfall des Nachlasses an den Staat tritt begreiflich noch nicht dadurch ein, daß die Erben unbekannt sind oder die bekannten Erben der Erbschaft entsagen. Sie kann erst dann als existent angenommen werden, wenn das geeignete Mittel zur Auffindung der vielleicht unbekannten Erben angewendet worden und ohne Erfolg geblieben ist. Dieses Mittel besteht in einer öffentlichen Aufforderung, welche das Erbschaftsgericht zu erlassen hat. Die Gläubiger des Erblassers und die Vermächtnißnehmer haben ein Interesse dabei, zu erfahren, wer Erbe und mithin ihr Schuldner, beziehungsweise Derjenige geworden sey, an den sie sich wegen Auslieferung des ihnen Vermachten zu halten haben; sie müssen also auch berechtigt seyn, die Erlassung der öffentlichen Aufforderung zu beantragen und, nöthigen

Falle des Aufgebotes, jedem Erben ob, deſſen Erbrecht nicht klar erhellet.»

§ 484. «Gründet ſich der angebliche Erbe auf die geſetzliche Erbfolge, ſo muß er den Grad ſeiner Verwandtſchaft mit dem Verſtorbenen beſtimmt anzeigen, und gehörig nachweiſen.»

§ 485. «Sodann muß der Richter prüfen: ob Vermuthungen, daß noch nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden ſind, obwalten.»

§ 486. «Finden ſich keine dergleichen Vermuthungen, ſo muß der Nachlaß dem ſich meldenden Erben, gegen die bloße an Eidesſtatt abzugebende Verſicherung: daß ihm keine nähere oder gleich nahe Verwandten des Erblaſſers bekannt ſind, verabfolget werden.»

§ 487. «Finden ſich aber ſolche Vermuthungen, ſo müſſen dieſelben zwiſchen dem ſich angebenden Erben, und dem entweder ſchon beſtellten oder noch zu beſtellenden Verlaſſenſchafts-Curator, näher erörtert werden.»

§ 488. «Ob zu dieſer Erörterung, außer dem allgemeinen Aufgebote des Nachlaſſes (§ 477 ff.) noch eine beſondere öffentliche Vorladung der vermuthlich noch vorhandenen nähern oder gleich nahen Verwandten erforderlich ſei, bleibt nach Bewandtniß der Umſtände, dem richterlichen Ermeſſen vorbehalten.»

§ 489. «Erhellet ſo viel, daß zwar nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden geweſen ſind; es iſt aber ungewiß: ob ſich dieſelben noch am Leben befinden, ſo muß auf den im Erſten Titel § 38 vorgeſchriebenen Grundſatz Rückſicht genommen werden.»

§ 490. «Der Erbe, welcher ſich nach Vorſchrift § 484 legitimirt hat, kann der Regel nach fordern, daß er in der Zwiſchenzeit zum Curator des Nachlaſſes

---

Falls, zu betreiben. Es liegt aber auch in dem allgemeinen Intereſſe, dem hinterlaſſenen Vermögen eines Verſtorbenen bald ſeinen rechtmäßigen Herrn zu verſchaffen, daher das Gericht verpflichtet ſeyn muß, die öffentliche Aufforderung der Erbprätendenten auch von Amtswegen zu erlaſſen.

bestellt, und ihm in dieser Eigenschaft die Verwaltung desselben übertragen werde.»

§ 491. «Doch bleibt dem Richter frei, nach dem Gewichte der dem Anmelder entgegenstehenden Vermuthungen, oder wenn derselbe zu denjenigen Personen gehört, die im Prozesse einen Kostenvorstand leisten müssen, die Verwaltung des Nachlasses durch den bisherigen Curator fortsetzen zu lassen, oder Cautionsbestellung zu fordern.»

§ 492. «Sind aber die für das Dasein näherer oder gleich naher Verwandten obgewalteten Vermuthungen, nach richterlichem Ermessen hinlänglich gehoben, so wird der Nachlaß dem, welcher sich gemeldet und legitimirt hat, zur freien Verfügung überlassen.»

§ 493. «Von der Legitimation eines Erben, der sein Erbrecht auf einen Vertrag oder eine letzte Willensordnung gründet, ist das Nöthige gehörigen Ortes festgesetzt (Tit. 12 § 242 ff.).»

106. Ueber diese Vorschriften spricht sich Koch in seinem „Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung für den Preuß. Staat" (Berlin 1848) S. 417 f. mit Recht dahin aus:

> Die Rechtslehre des A. L.-R. (über Erbeslegitimation) beruht auf dem Legalitätsprincip, wonach der Richter die Rechtfertigung eines Jeden in Beziehung auf Privatrechte von Amtswegen untersuchen und feststellen soll. Es wird verlangt, daß der angebliche Erbe, mag die Erbschaft in gerichtliche Verwahrung genommen worden sein oder nicht, sein Erbrecht dem Richter gehörig nachweise (§ 483 a. a. O.), und der Richter soll ihm, wenn der Nachweis geführt worden ist, eine Legitimationsurkunde ausfertigen (Hypotheken-Ordnung Tit. II § 72), durch welche erst der Erbe in den Stand gesetzt wird, über die Erbschaft zu verfügen.[1]) Zwar hindert ihn der Mangel einer solchen Urkunde nicht, außergerichtliche Verfügungen zu treffen, bei welchen er die Anerkennung von Dritten nicht nöthig hat oder nicht findet, allein sobald er die Thätigkeit des Richters nöthig hat und anruft, wird er nicht gehört oder von Amtswegen abgewiesen. Er ist also gezwungen, mit dem Richter

[1]) Viel weiter geht hierin das Oesterreichische Recht vermöge des ihm eigenthümlichen Institutes der Verlassenschaftsabhandlung.

Vergl. hierüber Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich (Wien 1862) S. 117 f.

über sein Erbrecht zu verhandeln; der Richter selbst, der über das Erbrecht entscheiden soll, ist zugleich auch dessen Gegner. Die Beweisführung ist oft sehr schwierig, bisweilen unmöglich, immer aber sehr kostspielig. . . .[1]) Man wird zu den Grundsätzen des Gemeinen Rechts, welche auch die des franz. R. in dieser Rechtslehre sind, zurückkehren müssen. So lange Demjenigen, welcher als Erbe eines Verstorbenen auftritt, sein Erbrecht nicht bestritten wird, hat sich keine Staatsbehörde ohne besondern Grund einzumischen. Der angebliche Erbe mag sich gegen Jeden, mit dem er in solcher Eigenschaft in Beziehung treten will, ausweisen, und wenn dieser ohne Grund die Anerkennung versagt, mag er ihn belangen. Dieser Grundsatz muß, Behufs Beseitigung der landrechtlichen Vorschriften, ausdrücklich ausgesprochen werden.[2])

---

[1]) Vergl. auch Koch's Rezens. der Systemat. Darst. des Pr. Civilr. von Bornemann in Schneider's N. Krit. Jahrbüchern 1841 S. 170, 171.

[2]) Es ist deshalb die Bestimmung vorgeschlagen:

§ 921. „Die ausdrückliche oder stillschweigende Annahme des Titels oder der Eigenschaft eines Erben ermächtigt ohne Mitwirkung des Richters zur Besitzergreifung einer liegenden unversiegelten Erbschaft.

Der angebliche Erbe bedarf zu seiner Rechtfertigung gegen Dritte keiner gerichtlichen Legitimations-Urkunde.

Wer sich mit einem Erben, dessen Erbrecht ihm nicht bekannt ist, einlassen will, hat sich den Titel desselben, sei er Verwandtschaft oder Testament, nachweisen zu lassen. Näher- oder gleichberechtigte Verwandte, welche dem Dritten ohne dessen Schuld unbekannt waren, können die von demselben in gutem Glauben an Jenen geleisteten Zahlungen oder mit ihm abgeschlossenen lästigen Rechtsgeschäfte, wegen ihres nähern oder gleich nahen Erbrechts, nicht anfechten."

Der Satz, von dem diese Bestimmung ausgeht, findet sich in dem Zürcherischen Privatrechtl. Gesetzb. § 1980 dahin ausgesprochen:

„In der Regel sind die Erben berechtigt ohne Vermittelung des Gerichts die Verlassenschaft in Besitz zu nehmen."

Bluntschli in seinen Erläut. IV S. 82, 83 bemerkt dazu: In der Kommission wurde das Bedenken erhoben, ob nicht ein vorheriger Ausweis der Erben über ihre Berechtigung bei dem Gerichte gefordert werden sollte, indem ein thatsächliches Zugreifen der vermeintlichen Erben für die Rechte der wirklichen Erben gefährlich sei. Zur Begründung des Antrages wurde angeführt:

a. Nach unserem bisherigen Recht haben die Erben ohne besondere Erlaubniß des Gerichts die Erbschaft in Besitz nehmen dürfen, und es seien deßhalb keine Uebelstände empfunden worden. Auch seien in weit den meisten Fällen die Erben als nächste Anverwandte bekannt. Ist das Erbrecht aber zweifelhaft, so bietet der § 1983, der unter Umständen gerichtliche Siegelung vorschreibt, den Betheiligten eine hinreichende Garantie.

b. In Deutschland, wo die gerichtliche Vermittlung manchen Ortes eingeführt sei, vernehme man darüber häufige Klagen von Seite der Erben; es entstehen dadurch zum Schaden der Erben mancherlei Verwickelungen und

Die allein richtige Stellung in Beziehung auf die Prüfung der Erbeslegitimation wird dem Richter in einem Decrete des O.-A.-G. zu Cassel vom 17. Januar 1835 angewiesen:

> Die Thätigkeit des Civilrichters kann sich nur in einer zweifachen Form äußern, nämlich entweder als Verwaltung der streitigen, oder als Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das bei Herausgabe versiegelter Verlassenschaften stattfindende gerichtliche Verfahren nimmt dann, wenn sich nur ein Erbe gemeldet, und seine Ansprüche bescheinigt hat, oder wenn mehrere, unter Bescheinigung ihrer Erbansprüche aufgetretene Personen sich wechselseitig als Erben anerkennen, zwar allerdings die Natur der freiwilligen Gerichtsbarkeit an. Wo aber die mehrern aufgetretenen angeblichen Erbberechtigten gegenseitig ihre Ansprüche bestreiten, da ist keine Veranlassung zur Ausübung eines Acts der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorhanden. Werden nun bei dem Verlassenschaftsgerichte von Erbprätendenten Anträge auf Ausantwortung des Nachlasses gestellt, welche nicht gegen einen bestimmten Beklagten gerichtet sind, so kann darin die rechtliche Grundlage zur Einleitung eines Rechtsstreites nicht gefunden werden. Wollte man auch solche als gegen den angeordneten Curator der ruhenden Masse gerichtet ansehen, so würde doch dieser, welcher ohne Besitz pro herede oder pro possessore nur eine custodia ausübt, nicht der rechte Beklagte seyn. Bei solchen Umständen entspricht es der richterlichen Amtspflicht, durch Sequestration des Nachlasses die Sache in diejenige Lage zu bringen, wodurch den verschiedenen Erbprätendenten die gerichtliche Verfolgung ihrer Ansprüche möglich gemacht wird, indem durch diese Anordnung der gemeinschaftliche Civilbesitz des Nachlasses, welchen der Sequester nur Namens der streitenden Theile detinirt, auf letztere übergeht, und daher jeder derselben, als Mitbesitzer des Nachlasses, zur Uebernahme der Rolle des Beklagten gegen eine von den andern Erbprätendenten erhobene possessorische oder petitorische Erbschaftsklage geeignet, wogegen die Rolle des Klägers derjenige zu übernehmen hat, welchem zunächst an der Ausantwortung des Nachlasses gelegen ist. (Seuffert, Archiv I Nr. 112.)

Hieraus ergibt sich zugleich, welche Stellung der Nachlaßkurator den sich meldenden Erben gegenüber einzunehmen hat, und wie wenig es dieser Stellung entspricht, wenn der § 487 demselben die Rolle eines Contradictors beilegt.

Verschleppungen, und die Erben gerathen in eine Menge unnöthiger büreaukratischer Formalitäten hinein. Wenn dagegen Jeder einfach sein Recht ausübe, so mache sich Alles in der Regel ganz leicht, und es verstehe sich von selbst, daß jeder Erbe seinen Miterben gegenüber und ebenso der entferntere Erbe den näheren zur Rechenschaft verpflichtet sei.

Die Bestimmung wurde sodann mit Einmuth angenommen und auch ein Unterschied zwischen gesetzlichen Erben und Testamentserben nicht gemacht. Vergl. zu § 2071 ff.

Aus der gemeinrechtlichen Praxis sind folgende Rechtssprüche anzuführen:

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 12. Oktober 1836: Wenn der Erbschaftsbeklagte das Erbrecht des Klägers bestreitet und die Erbschaft für sich in Anspruch nimmt, so erscheint er nach fr. 13. § 13. de hered. pet. (5, 3) als der rechte Beklagte, sollte er auch von den Erbschaftssachen nichts besitzen, indem sich diese in den Händen und unter der Verwaltung eines Erbschaftscurators befinden. Der Curator einer liegenden Erbschaft besitzt nur in fremdem Namen, und muß sie seiner Zeit demjenigen überliefern, welcher durch Urtheil als Erbe anerkannt wird. Da auch mehrere Besitzer einer Erbschaft unter einander über das Erbrecht streiten können,

Fr. 1. § 2. si pars hered. pet. (5, 4.)

so steht es der Anstellung der Klage von Seite des einen Prätendenten gegen den andern nicht entgegen, daß der Curator angesehen wird, als besitze er Namens beider streitender Theile. — Die Herausgabe der Vermögenstheile, welche der Curator verwaltet, kann von den Beklagten durch Abtretung ihrer Klagen gegen denselben erfolgen. Fr. 13. § 15.- fr. 16. § 4 de hered. pet. (5, 3.) (Seuffert, Archiv I Nr. 265.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom September 1847: Nach erfolgtem Ableben eines Erblassers und bis zum Antritte der Erbschaft Seitens eines die Person des Ersteren repräsentirenden Successors mangelt es an einem Rechtssubjekte, von dem die den Nachlaß betreffenden Erklärungen und sonstigen Handlungen ausgehen können. Dieser interimistische Zustand, wo der Nachlaß als ruhende Masse (hereditas jacens) erscheint, kann dem Richter Veranlassung zur Bestellung eines Nachlaßvertreters geben, welcher in Betreff der zu einem solventen Nachlasse gehörigen Masse alles dasjenige vorzunehmen befugt ist, was auf die Verwaltung derselben als solche Bezug hat und dem zugleich, soweit es der Richter für angemessen erachtet, zur Pflicht gemacht werden kann, in Betreff einzelner angemeldeter Erbansprüche die Rolle eines contradictor zu übernehmen. Allein in der einen wie in der andern Beziehung gelangt die Function des Nachlaßvertreters zur Erledigung, sobald darüber Gewißheit vorhanden ist, daß irgend ein Erbe, der den Nachlaß auch wirklich antreten will, existire und nun nur noch zwischen gewissen Personen darüber gestritten wird: welche der nächste Intestaterbe sei. Denn unter dieser Voraussetzung hat der Richter den Erbprätendenten, als Parteien, die Wahrnehmung ihrer Rechte zu überlassen, und wegen Sicherstellung der Masse bis zu deren wirklicher Ausantwortung an den Erben, bedarf es wenigstens bei Nachlässen, wie der vorliegende, keines besonderen curator massae. (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt. im K. Sachsen N. F. VII S. 173.)

Erkenntniß des Ober-Trib. zu Stuttgart vom 30. Juni 1849: Bei dem Widerspruche der Beklagten gegen die Erbansprüche des Klägers ist eine außergerichtliche Entscheidung der Theilungs- und Vormundschaftsbehörde darüber unzulässig, und ebensowenig kann Kläger angehalten werden, seinen Anspruch gegen den aufgestellten Vermögensverwalter gerichtlich zu verfolgen. Auch abgesehen von dessen Erklärung, daß er bei dem Streite nicht betheiligt sey und er das Vermögen demjenigen, der sich als Sieger rechtsgenügend

ausweise, ausfolgen werde, so wie abgesehen davon daß, solange die Einsprache des jetzigen Beklagten nicht durch rechtskräftiges Urtheil beseitigt ist, einer Ausfolge des Vermögens von Seite des Verwalters an den Kläger nicht stattgegeben werden könnte, ist dieser Güterpfleger, welcher nur zur Erhaltung und Verwaltung des von dem Verschollenen zurückgelassenen Vermögens bestellt worden, gar nicht befugt, bei Erbansprüchen an das ihm anvertraute Vermögen, das er weder pro herede noch pro possessore besitzt, die Rolle des Beklagten zu übernehmen. Vielmehr hat der Kläger seinen Erbanspruch nur gegen die von ihm gewählten Beklagten zu richten, indem sie es sind, welche jenen Anspruch bestreiten, und, den Tod ihres Bruders vorausgesetzt, selbst ein Erbrecht an dessen Nachlaß geltend machen, und aus diesem Grunde der Ausfolge des unter pflegschaftlicher Verwaltung befindlichen Vermögens an den Kläger Widerspruch entgegensetzen. Bei diesem Streite zwischen mehreren Erbprätendenten ist der Vermögensverwalter gar nicht betheiligt, sondern er hat, wenn das Erbrecht des Klägers durch rechtskräftiges Urtheil für begründet erachtet werden sollte, das Vermögen dem obsiegenden Kläger auszufolgen. (Seuffert, Archiv III Nr. 184.)

Selbst in der Preußischen Rechtspraxis ist mehrfach dem Nachlaßkurator in den Erbschaftsstreitigkeiten der gedachten Art die Passivlegitimation abgesprochen worden — eine Ansicht, die jedoch der bestimmten Vorschrift des § 476 und § 487 d. T. gegenüber,[1]) als ein Verstoß gegen die (wenn auch contra rationem juris) erlassene lex scripta erscheint und daher mit Recht von unserem höchsten Gerichtshofe in einer Reihe gleichlautender Entscheidungen verworfen worden ist.[2])

---

[1]) Vergl. auch die Bestimmung des § 30 Tit. 46 der Prozeß-Ordnung.

[2]) Es wird in dieser Hinsicht verwiesen auf die Erkenntnisse vom 11. Oktober 1852 (Entscheid. B. 24 S. 23 f.), vom 17. Mai 1854 Präjud. 2528 (Entscheid. B. 28 S. 64 f.), vom 9. Oktober 1854 (Striethorst, Archiv B. 13 S. 307 f.) und vom 19. Februar 1855 (ebend. B. 17 S. 32 f.).

Hierbei wird jedoch immer vorausgesetzt, daß die Person des Erben wirklich unbekannt ist.

Einen Fall, wo es an einer solchen Voraussetzung fehlte, entscheidet ein Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 2. Mai 1861 (in Sachen Bernh. Guthmann wider den Nachlaß des J. Chr. Staupe G. 401):

Die angestellte Klage muß als völlig inept bezeichnet werden.

Der Begriff der hereditas jacens mit einer juristischen Persönlichkeit im Sinne des röm. Rechts ist dem A. L. R. unbekannt, und dies hat darin seinen Grund, weil nach letzterem der Erbe schon im Augenblick des Todes des Erblassers die Erbschaft erwirbt und es einer besonderen Erbschaftsantretung zu diesem Zwecke nicht bedarf. Deshalb ist auch im Preuß. Recht die Anordnung eines Nachlaßkurators nur dann erforderlich, wenn gar nicht bekannt ist, wer Erbe sei. Sein Amt besteht hauptsächlich darin, den eigentlichen Erben, dessen Rechte er zu wahren hat, auszumitteln und den Nachlaß gegen unberechtigte Prätendenten zu vertreten, und nur in einem solchen Falle ist es zulässig, die Legitimationsfrage zwischen dem angeblichen Erben

Hiernach kann es nur der Gesetzgebung vorbehalten bleiben, jene Vorschriften, gegen deren Anwendung das Rechtsgefühl sich sträubt, zu beseitigen.[1])

107. Am häufigsten tritt die Nothwendigkeit eines Erbeslegitimationsverfahrens bei der Intestaterbfolge ein.

Liegt freilich die Eigenschaft als nächster Erbe klar vor, beruht sie also auf der Notorietät, so ist der Erbe von selbst jedes weiteren Nachweises überhoben. Dieser Satz, auf den der § 483 d. T. in seinen Schlußworten hindeutet,[2]) wird auch im gemeinen Rechte angenommen.

Mevii com. in jus Lub. P. II. tit. II. art. 32 Nr. 17 sq.: An vero super jure proximitatis semper testes aliaque documenta adduci opus est, etsi vel judici et omni populo constet, eum qui hereditatem petit esse proximum heredem? An nonnullis hoc praecise requiritur, ideoque non semel contingit, quod alii eos, qui in pari gradu cognationis fuerunt, a successione secludere voluerint, sub hoc praetextu, quod ea probatio necessaria sit, etiam in filiis. Ego primo pervestigandum reor, quid stylus et consuetudo judicii uniuscujusque observet. Et si his, quos ceteris proximiores esse publice privatimque scitur, attestationem juratam proximitatis injungat, tanquam lex custodiri debet, ei contraveniens sibi imputabit, quod legi non sa-

---

und dem vorschriftsmäßig angeordneten Kurator auf dem Wege des Prozesses zum Austrage zu bringen (§§ 471. 476. 467 d. T.). — Jene Voraussetzungen liegen aber hier keineswegs vor, da Ausweise der Klage und Klagebeantwortung die Erben des St. nicht unbekannt sind. Der erste Richter hat demnach unrichtig und mit Nichtbeachtung der allegirten Gesetze verfahren, wenn er, wie geschehen, dem Nachlasse einen besonderen Kurator bestellte. Dem Letzteren steht ebendeshalb, weil seine Ernennung nicht auf einem gesetzlichen Grunde beruhte, nicht die Befugniß zu, rechtsverbindliche Erklärungen darüber, wer Erbe sei, abzugeben, und seine Erklärungen und Handlungen sind in keiner Weise geeignet, den Nachlaß oder die Miterben zu verpflichten.

Die gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch das Urtheil des Ober-Tribunals vom 4. November 1861, unter Anerkennung der Richtigkeit jener Grundsätze, zurückgewiesen worden.

[1]) Eine gleiche Bestimmung enthält auch die Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt Bremen vom 24. Mai 1843 § 278. „Bei bestrittenen Erbansprüchen erfolgt das weitere Verfahren nach Anleitung der §§ 216—223 (betreffend das Konkursverfahren bis zum Collocationsurtheil), wobei der Nachlaßcurator die Stelle des Contradictors einnimmt."

[2]) Vergl. auch § 4 Nr. 6 Tit. 5 der Prozeß-Ordnung: „... Gründet sich der Kläger in einem gesetzlichen Erbrechte, und ist dieses bei dem Gerichte, wo die Klage angestellt wird, nicht etwa schon bekannt, oder bei anderen Gelegenheiten bereits nachgewiesen worden..."

tisfecerit. Ubi vero stylo judiciali tale quid non requiritur, tum existimarem non esse heredes astringendos ad probationes inanes, supervacuas, imo et non legitimas. Certa enim juris et rationis conclusio est, notorium non esse probandum. Nostro jure non modo non reperitur injuncta indistincte necessitas probationis, sed contrarium non obscure in art. 14 supra h. t. indicatur; ibi enim distinguitur inter heredes notorios, kündige Erben, et eos de quibus non constat . . .

Außer dieſem Falle aber kommt zunächſt der Beweisſatz in Frage. Hierbei tritt die Frage in den Vordergrund:

> ob der als geſetzlicher Erbe auftretende Prätendent die Nichtexiſtenz eines Teſtamentes darzuthun habe.

Im gemeinen Rechte wird dieſelbe ſowohl in der Doctrin als in der Praxis entſchieden verneint.

Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 38 th. 2 nota d: . . . Nota I. Quod in dubio quis praesumatur decessisse intestatus, hincque eum, qui testamentum allegat tanquam factum, probari illud teneri l. 10 C. de non num. pec. II. Quod proximus cognatus hereditatem petens non teneatur probare, cognatum intestatum decessisse, cum intentionem suam fundet in negatione, negativae autem nulla sit probatio regulariter.[1])

Jordan in Weiske's Rechtslexikon II S. 134, 135: Der Beweis, daß der Erblaſſer ohne Teſtament verſtorben ſei, liegt dem Kläger nicht ob, da das Inteſtaterbfolgerecht ſchon durch die gehörig qualifizirte Verwandtſchaft ſeinem Begriffe nach begründet wird, und das Vorhandenſein eines Teſtaments

[1]) Vergl. Menochius, de Praesumptionibus Lib. IV. praes. 1. (Testamentum an praesumatur conditum nec ne, egregie disputatur utquo declaratur): . . . Ego observavi varias esse hac de dispntatione Doctorum opiniones. Illa tamen est magis recepta testamentum conditum non praesumi . . . Et hanc opinionem esse aequiorem et in foro observandam censuit Didac. libr. 2 Variar. resol. c. 6 Nr. 5. Et horum quidem opinio ea ratione prima fulcitur, quod condere testamentum est quid facti. Ea autem quae facti sunt, non praesumuntur. Non ergo praesumitur testamentum factum. Et ideo qui allegat conditum fuisse testamentum probare id debet . . . . . Ille qui asserit aliquem intestatum decessisse, non tam affirmativam quam negativam deducit: cum idem sit dicere, illum decessisse intestatum, quod asserere illum decessisse, non facto testamento. Illa enim dictio „in“ negativae vim (ut certi juris est) obtinet. Cum hoc autem negante concurrit naturalis status rei, qui probandi onus rejicit in adversarium . . . Quod autem naturalis status rei concurrat cum negante, vel ex eo appareat, quod ab ipsa natura condito testamento non nascimur: sed requiritur quod pubes sit, habeatque judicium, et testamentum conficiat . . . Hac itaque solida ratione existimo veram esse communem hanc opinionem . . .

Vergl. auch Voet, com. ad P. V. 3 Nr. 4.

nur ein Hinderniß der Wirksamkeit desselben, mithin ein den Eintritt perimirender Umstand (eine zerstörliche Einrede) ist. Nur wenn der testamentslose Tod des Erblassers zum Begriffe des Intestaterbfolgerechts gehörte, oder dafür, daß der Erblasser nicht ohne Testament sterbe, eine Rechtsvermuthung stritte, hätte der Kläger auch zu beweisen, daß der Erblasser kein Testament hinterlassen habe, wiewohl im letzteren Falle bloß eine Einrede durch Gegenbeweis zu entkräften wäre. Die Testamentsfaction ist eine Thatsache, welche derjenige beweisen muß, der sie behauptet, um einen Rechtsanspruch darauf zu gründen. Vergl. Kori im Archiv für die civil. Praxis VIII S. 93 Note 5. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 362 f. Anderer Meinung ist Gensler im Archiv für die civ. Praxis I S. 271.

Arndts in Weiske's Rechtslexikon V S. 219, 220: Darüber sind die Meinungen ziemlich einig, daß bei der hereditatis petitio der Kläger nicht die Nichtexistenz eines Testaments zu beweisen brauche. Glück VIII S. 510. Göschen, Civilrecht III S. 416. Linde in der Zeitschrift für Civilr. und Proc. I S. 161 f. Nur wenn ihm ein anscheinend gültiges Testament entgegen gehalten wird, muß er darthun, daß gleichwohl durch dasselbe sein Intestaterbrecht nicht ausgeschlossen werde, sei es, weil das Testament verfälscht oder untergeschoben sei, oder weil es von Anfang an nichtig gewesen oder späterhin ungültig geworden, insbesondere etwa wegen Pflichttheilsverletzung richterlich rescindirt sei, oder rescindirt werden müsse.[1])

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 29. November 1843: ... Stützt sich die Klage auf das Intestaterbrecht, so ist es Sache der Beklagten zu behaupten, daß der Erblasser ein Testament hinterlassen habe. (Seuffert, Archiv XVI Nr. 130.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 28. October 1852: Wenn die Beklagten, dem klagenden Intestaterben gegenüber, darauf hingewiesen haben, es könne durch Testament die gesetzliche Erbfolge geändert sein, so verdient dies keine Berücksichtigung, weil nach heutigem Prozeßrecht das Dasein einer letztwilligen Verfügung dem klagenden Intestaterben gegenüber als Einrede bestimmt vorgeschützt und erwiesen werden muß. (Ebendas. IX Nr. 314.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 11. November 1858: Derjenige, der sich als Intestaterbe zu legitimiren hat, braucht nicht nachzuweisen, daß der Erblasser kein Testament hinterlassen habe; denn die gesetzliche Successionsordnung bildet die Regel und diese hat so oft und so lange einzutreten, als nicht dargethan wird, daß solche dadurch eine Ausnahme erleide, daß der Erblasser einen andern, als den im Gesetz bezeichneten, oder den nämlichen, durch Testament oder Erbeinsetzungsvertrag zu seinem Erben berufen habe. Im Fragefalle wäre es daher lediglich Sache der Imploraten gewesen, die Existenz eines Testamentes zu behaupten und zu beweisen. (Archiv für pract. Rechtswiss. VIII S. 42, 43.)

---

[1]) Vergl. auch Puchta, Vorlesungen II. S. 416.
Bering, Römisches Erbrecht S. 544.
Unger, das österreich. Erbrecht S. 238 Note 7.

Diese Grundsätze beruhen nicht etwa auf eigenthümlichen Bestimmungen des römischen Rechts, sondern stehen mit allgemein anerkannten Prinzipien über Beweislast in vollem Einklange. Eben deshalb haben sie auch im Preußischen Recht dieselbe Geltung zu beanspruchen.

Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Roloff in der Abhandlung: „Beweistheorie und Beweismittel über die Erbeslegitimation im Prozesse" (in der Preuß. Anwalts-Zeit. 1862 Nr. 42), indem er (S. 338) ausführt:

> Ist nach dem zur Anwendung kommenden Recht die gesetzliche Erbfolge nur der subsidiäre Delationsgrund, ist das Nichtvorhandensein eines letzten Willens nothwendige Bedingung ihres Eintritts, so muß der Prozeßrichter über die Existenz dieser Bedingung genügende Ueberzeugung haben, bevor er bei der Prüfung des Legitimationspunktes davon ausgehen kann, daß die Intestaterbfolge eingetreten sei. Diese Ueberzeugung dem Richter zu verschaffen, ist aber Sache desjenigen, welcher sich auf den Delationsgrund beruft, obschon das Beweisthema in einer negativen Thatsache besteht, denn ein Grundsatz, daß Niemand eine Negative zu beweisen habe, existirt weder nach gemeinem noch nach preuß. Recht; namentlich hat durch § 28 Tit. 13 Th. I A. G.-O. dieser Grundsatz nicht sanktionirt werden sollen. . .

Der Verfasser sucht hierauf, abgesehen von allgemeinen Beweisregeln, noch auf direktem Wege zu zeigen:

> „daß mindestens die Gesetzgebung des allgem. Landrechts und der allgem. Gerichtsordnung, wenn sie auch der sich auf die gesetzliche Erbfolge berufenden Partei nicht einen absoluten Beweis über die Nichtexistenz einer letztwilligen Verordnung zumuthet, doch andererseits weit entfernt ist, von jedweder Feststellung darüber abzusehen, und eine allgemeine Vermuthung für die Nichtexistenz einer solchen Verordnung zu gestatten."

Zu diesem Zwecke hebt er die im § 367 d. T. ausgesprochene subsidiäre Natur der Intestaterbfolge hervor und weist sodann auf die vom Gesetz dafür getragene Sorgfalt hin, daß das Dasein einer letztwilligen Verfügung rechtzeitig zur Kenntniß des Nachlaßrichters gelange (§ 32 Tit. 5 Th. II A. G.-O., § 362 Tit. 18 Th. II A. L. R., §§ 216, 237, 623 Tit. 12 Th. I A. L. R.).

Diesen Ausführungen möchte schwerlich ein Gewicht beizulegen sein. Zunächst ist denselben entgegenzusetzen, daß ja die Intestaterbfolge im gemeinen Recht ganz ebenso wie im preußischen nur eine subsidiäre Stellung einnimmt, ihr Eintritt also die Nichtexistenz eines gültigen Testaments voraussetzt. Man kann aber ganz davon absehen, in welchem

Verhältnisse die gesetzliche Erbfolge und die testamentarische zu einander stehen — welche von ihnen die Regel und welche die Ausnahme bildet. — Genug, eine jede derselben beruht auf bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen, die derjenige erweisen muß, der sie für sich anführt. Wenn also dem klagenden Intestaterben, der die nöthigen Beweise über die behauptete Verwandtschaft mit dem Erblasser beibringt, der Verklagte als angeblicher Testamentserbe entgegentritt, so liegt doch unzweifelhaft dem Letzteren der Beweis über das Vorhandensein des Testamentes ob,[1]) während nach jener Ansicht die auf die Existenz eines Testamentes gestützte, ganz beweislos hingestellte Einrede des Verklagten als eine bloße negative Litiscontestation zu betrachten und somit der Kläger in die Nothwendigkeit versetzt wäre, zur Begründung seiner Klage die Nichtexistenz des vom Verklagten behaupteten Testaments darzuthun — eine Regelung der Beweislast, die mit den klarsten Grundsätzen des Prozeßrechts in Widerspruch träte. — Noch weniger aber können die von Roloff herbeigezogenen reglementarischen Bestimmungen, die nur für die Handhabung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Nachlaßsachen gegeben sind, bei der hier gedachten, im Prozeßwege zu erledigenden Beweisfrage irgend in Betracht kommen.

Scheidet hiernach bei der Geltendmachung des Intestaterbrechts die Nichtexistenz eines Testamentes aus dem Beweissatze aus, so fragt es sich:

worauf im Uebrigen der Beweis zu richten sei.[2])

Aus der gemeinrechtlichen Praxis sind folgende, diese Frage behandelnde Rechtssprüche anzuführen.

Erkenntniß des L.-G. zu Wolfenbüttel, vom 3. September 1833: Zur Legitimation des Intestaterben bedarf es einer Ediktalladung nicht; vielmehr genügt die Nachweisung des Verwandtschaftsverhältnisses und des Todes der Mittelspersonen. (Matthiä, Controversen-Lexicon Th. II Abth. 1 S. 214.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 12. Oktober 1836: Ist der beklagte Besitzer der Erbschaft nicht auch Blutsverwandter des Erblassers, so hat der Kläger nur seine Verwandtschaft, nicht aber darzuthun, daß nicht

[1]) Vergl. Menochius de Praesumtionibus Lib. IV. Praes. I Nr. 12: quando quis agit et asserit, se heredem ab intestato: reus vero conventus dicit, imo se heredem ex testamento, si actor petit sibi ac ipsi reo exhiberi testamentum, quod praesumitur esse penes eum, et is non exhibeat, praesumtio insurgit nullum fuisse conditum testamentum.

[2]) In Betreff des älteren deutschen Rechts vergl. Kraut, die Vormundschaft II. S. 223—225.

noch andere gleich nahe oder nähere Verwandte vorhanden ſeien (Linde in der Gießer Zeitſchr. I Nr. 5).[1]) Wenn vom Beklagten eine andere beſtimmte Perſon als ein mit dem Kläger gleich naher oder noch näherer Verwandter bezeichnet wird und darauf eine Einrede gegründet werden ſoll, ſo erſcheint dieſe als unſtatthafte exceptio de jure tertii. Kann beklagter Seits nicht behauptet werden, daß von der bezeichneten Perſon oder deren Rechtsnachfolgern Anſprüche auf den Nachlaß wirklich erhoben worden, und iſt dieſelbe etwa als verſchollen zu betrachten, ſo liegen in dieſen Umſtänden noch weitere Gründe vor, die entgegengeſetzte Einrede als unerheblich zu verwerfen (Seuffert, Archiv I Nr. 258).[2])

Erkenntniß deſſelben Gerichtshofes vom 29. November 1843: Bezüglich der hereditatis petitio und der Klagen aus Erbſchaftsforderungen iſt das O.-A.-G. zu Wiesbaden in vielfachen Entſcheidungen der Anſicht geweſen, daß der Erbe nur diejenigen Thatumſtände nachzuweiſen hat, wodurch er zur Erbſchaft berufen wird, ſowie die Antretung derſelben in den Fällen, wo dieſe zur Erwerbung der Erbſchaft nothwendig iſt. Stützt ſich die Klage in dieſem Falle auf das Inteſtaterbrecht, ſo iſt es Sache der Beklagten zu behaupten, daß der Erblaſſer ... andere nähere oder gleich nahe Inteſtaterben als die Kläger hinterlaſſen habe, und dieſen bleibt es überlaſſen, ſich auf das Wegfallen dieſer Concurrenten in Folge Ausſchlagung als Replik zu berufen (Seuffert, Archiv XVI Nr. 130).

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 14. Oktober 1851: Im Falle der Beſitzer der Erbſchaft ebenfalls ein Verwandter des Erblaſſers iſt, kann der mit der Erbſchaftsklage auftretende Inteſtaterbe nicht mit dem bloßen Beweiſe der Verwandtſchaft, ſondern nur durch die Erprobung näherer Anſprüche, alſo durch den Beweis der näheren Verwandtſchaft mit dem Erblaſſer durchdringen, da hierin der Grund der Klage beruht, ohne deſſen Beweis ſein Recht vom Richter nicht anerkannt werden darf (ebendaſ. IX Nr. 315).[3])

---

[1]) Vergl. Mascardi, de Probationibus Vol. III concl. 1252 Nr. 8: si quaestio sit inter defuncti consanguineum et extraneum, tunc satis est illi propinquo probare se consanguineum, licet non probet se proximiorem.

Mevii com. in Jus. Lub. P. II. tit. II. art. XIV addit. ad Nr. 11: Quod si quis se consanguineum docere velit hereditatem petens, sed controversiam patitur, si quidem ab extraneo, contra illum sufficit sola consanguinitatis probatio sine demonstratione certi gradus aut proximitatis, cum consanguineus qua talis extraneo semper potior sit.

Idem l. c. art. XXXII Nr. 13 sq.

[2]) Vergl. Erkenntniß des O. A. G. zu Caſſel (in Heuſer's Annalen V. S. 670 f.): Es braucht derjenige, welcher auf den Grund der Inteſtaterbfolge ein Erbrecht in Anſpruch nimmt, einem verklagten extraneus, wie namentlich auch einem Beſitzer pro possessore gegenüber, nur zu behaupten und nöthigenfalls nachzuweiſen, daß er zu dem Erblaſſer in einem erbfähigen Verwandtſchaftsgrade ſtehe, und dem Verklagten liegt es ob, wenn er behaupten will, daß der Kläger mehrere gleichberechtigte Miterben habe, dieſes darzulegen ...

[3]) Vergl. Mascardi, de Probationibus Vol. III concl. 1252 Nr. 8: .. Si

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 11. November 1858: ... Derjenige, der sich als Intestaterbe zu legitimiren hat, hat bloß sein Intestaterbrecht und nicht das nächste Intestaterbrecht darzuthun. Denn bekanntlich haben die bewährtesten Rechtslehrer schon gezeigt, daß nach unsern gemeinrechtlichen Bestimmungen über Intestatsuccession Alle, denen erweislich ein gesetzlicher Successionsgrund zur Seite steht, zu der betreffenden Erbschaft berufen sind, und daß nur mit Rücksicht auf Ordnung und Grade festgesetzt ist, in welcher Reihenfolge die Berufenen succediren sollen. Einen andern Successionsberechtigten kann der Kläger nur durch den Nachweis eines näheren Erbrechts überwinden, während, wenn der Gegner gar keinen Successionsgrund für sich hat, schon der Beweis des Successionsgrundes des Klägers genügt, und ein näheres Erbrecht darum nicht nachzuweisen ist, weil ein gegnerisches Successionsrecht nicht zu überwinden ist. Glück, Commentar Bd. VII S. 510. Arndts, Pandecten § 532 u. a. m. Wäre man aber auch mit andern Juristen geneigt, den Einwand des Beklagten, daß doch wenigstens ein Dritter ein besseres Successionsrecht habe, da gelten zu lassen, wo ein Nichtsuccessionsberechtigter dadurch die Legitimation zu elidiren sucht, so müßte doch immer der diese Einrede vorschützende Beklagte nach allgemeinen Beweisregeln solche erweisen. Arndts im Rechtslex. Bd. V S. 220. — (Archiv für praktische Rechtswiss. VIII S. 42, 43.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 30. December 1859: Anlangend die Frage, ob bei der auf Grund eines verwandtschaftlichen Verhältnisses erhobenen Erbschaftsklage der Kläger mehr als einen im Allgemeinen

---

controversia sit inter duos consanguineos, hoc casu is, qui agit adversus alterum possidentem, debet docere se proximiorem; cum id sit intentionis suae fundamentum, etiam si id negativum esset ...

Nr. 9. Secundo declarabis, ut conclusio vera sit, modo is, qui se probavit esse consanguineum, probaverit quoque certum gradum suae consanguinitatis, non enim satis est probare se simpliciter esse consanguineum, ut late scripsit Tiraquellus in tract. de retractu lignag. § 1 gl. 16 Nr. 1 sq.

Vergl. Großh. Hessischer Entwurf (1845) Abth. IV Art. 242. „Der gesetzliche Erbe, welcher von der Erbschaftsklage Gebrauch machen will, muß beweisen, daß er der nähere Erbe ist, wenn ihm dieses von einem andern, ebenfalls durch das Gesetz Berufenen bestritten wird."

In den Motiven (S. 148, 49) ist dazu bemerkt: Der Art. 242 sucht nur dem Wiederaufleben einer älteren Controverse vorzubeugen. Behauptet Jemand, daß er Alleinerbe geworden sei und fordert er, gestützt hierauf, die ganze Erbschaft mit Ausschluß Anderer, so baut er seinen Anspruch auf das doppelte Fundament, daß er Erbe geworden, und daß er vor dem Beklagten zu erben berechtigt sei. Erklärt nun der Beklagte, daß er mit dem Kläger durch das Gesetz zur Erbfolge berufen sei, so gesteht er die erste Behauptung des Klägers zu, läugnet dagegen die zweite. Seine Erklärung enthält also hinsichtlich der letzteren eine negative Litiscontestation und der Kläger muß den Grund seiner Klage, soweit er ihm verneint worden ist, d. h. seine nähere Erbberechtigung, folglich seine nähere Verwandtschaft mit dem Erblasser beweisen.

zur Erbfolge berechtigenden Verwandtschaftsgrad zu beweisen, also, wenn der Beklagte die Legitimation bestreiten sollte, außer der Verwandtschaft noch darzuthun habe, daß er der nächste und resp. alleinberechtigte Verwandte des Erblassers sey, so ist dieselbe von den Rechtslehrern in verschiedener Weise beantwortet worden. Während eine große Anzahl älterer und neuerer Schriftsteller den Beweis eines Verwandtschaftsverhältnisses im Allgemeinen für genügend hält, und es dem Beklagten überläßt, solche Umstände nachzuweisen, welche geeignet sind, die Erbberechtigung des Klägers aufzuheben oder doch zu beschränken, fehlt es nicht an solchen, welche dem Kläger den Beweis der Nächst- resp. Alleinberechtigung auferlegt wissen wollen, so daß derselbe das Nichtvorhandenseyn näherer oder gleich naher Erbberechtigter zu erweisen habe.

Für die erstere Auffassung haben sich erklärt

Carpzov, Defin. forens. P. 3 const. 18 def. 28; Voët, Comm. ad Pand. V 3 § 6; Leyser, Med. spec. 98 med. 8, 9, spec. 155 med. 2—4; Hommel, Rhaps. Qu. I obs. 176; Glück, Erläut. der Pand. Th. 7 S. 510, 511; Thibaut, Pand. (ed 8) § 891; von Wening-Ingenheim, röm. Priv.-R. V. § 192: Göschen, Civilrecht Bd. 3 Abth. 2 S. 416; Schweppe, röm. Priv.-R. (ed. 4 von Mejer § 852) Bd. 5 S. 191; Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. I S. 163 ff.; Holzschuher, Theorie ꝛc. (ed. 2) Bd. 2 S. 829; Arndts in Weiske's Rechtslexikon Bd. 5 S. 219.

während die entgegengesetzte Ansicht vertreten wird von

Strube, rechtl. Bedenken I 22 — Ausg. von Spangenberg Bd. 3 S. 206; v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen Bd. 6 S. 336; Gesterding, Ausbeute ꝛc. Bd. 1 S. 119—115; v. Bethmann-Hollweg, Versuche ꝛc. S. 363.

Für die erstere Auffassung spricht indessen, daß auch bei dem in Rede stehenden Verhältnisse die allgemeine über die Beweislast geltende Regel wirksam wird, der Kläger brauche nur die Thatsachen zu beweisen, welche zur Entstehung seines Rechts erforderlich sind, während solche Umstände, welche die Wiederaufhebung oder Beschränkung des Rechts zur Folge haben, einen Gegenstand der Beweisführung des Beklagten ausmachen. Nun bildet Verwandtschaft in einem zur Erbfolge berechtigenden Grade ohne Weiteres einen Titel des Erbrechtes, welcher, wo es sich um Intestatsuccession handelt, nur durch die Existenz näher oder gleichberechtigter Verwandten resp. aufgehoben oder beschränkt wird, und somit befindet sich der durch die hereditatis petitio belangte Beklagte in der Lage, das Erbrecht des als verwandt nachgewiesenen Klägers bis zum seinseitigen Beweise von Umständen der gedachten Art, überhaupt oder in dem Umfange, in welchem der Kläger damit aufgetreten ist, gelten lassen zu müssen. (Seuffert Archiv XIV Nr. 149.)

In wesentlicher Uebereinstimmung mit diesen von der Praxis anerkannten Grundsätzen hat das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen den fraglichen Beweissatz dahin festgestellt:

§ 2295. „Der gesetzliche Erbe hat zum Nachweise seines Erbrechtes darzuthun, daß die Personen, ohne welche weder er noch der Erblasser gelebt

haben könnten, sofern diese Personen nach der gesetzlichen Erbfolge, wenn sie lebten, ihn ausschließen würden, vor dem Erblasser gestorben sind, oder aus irgend einem Grunde seinem Erbrechte nicht entgegenstehen. Diesen Beweis hat der Kläger auch zu führen, wenn dergleichen Personen, sofern sie am Leben wären, mit ihm zugleich erben würden und er ein Erbrecht in einem Umfange behauptet, in welchem er es blos beim Wegfalle dieser Personen haben könnte."

§ 2296. „Dem gesetzlichen Erben liegt der Beweis nicht ob, daß nicht nähere oder gleichnahe gesetzliche Erben vorhanden sind, welche zwar vorhanden gewesen sein können, nicht aber vorhanden gewesen sein müssen. Ist jedoch bewiesen, daß dergleichen Personen vorhanden gewesen sind, so muß er darthun, daß sie seinem Erbrechte nicht entgegenstehen."

§ 2297. „Des nach §§ 2295, 2296 erforderlichen Beweises bedarf es nicht in Ansehung solcher Personen, seit deren Geburt neunzig Jahre verflossen sind." [1])

§ 2298. „Verlangt der gesetzliche Erbe die Ausantwortung einer vom Gerichte unter Aufsicht genommenen Erbschaft, so braucht er nicht mehr zu beweisen, als in §§ 2294 bis 2297 vorgeschrieben ist."

108. Eine besondere Beachtung verdient noch der Fall:

wenn es sich um die Legitimation des auftretenden Intestaterben einem Erbschaftsschuldner gegenüber handelt.

Aus der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis ist hierüber Folgendes anzuführen:

Bähr in v. Gerber's und Iherings Jahrbüchern I S. 479, 480: Es ist bestritten, ob derjenige, welcher als Intestaterbe des ursprünglichen Gläubigers eine Erbschaftsschuld einklagt, zur Nachweisung seiner Berechtigung lediglich sein eigenes Verwandtschaftsverhältniß, oder auch das Nichtvorhandensein anderer, ihn ganz oder theilweise ausschließender Verwandten darzulegen habe. Gewöhnlich nimmt man ersteres an, so daß dem Verklagten überlassen bleibt, das Vorhandensein anderer Berechtigter einredeweise darzuthun. Dies ist auch für richtig zu halten, insofern es sich um die Frage handelt, ob der Kläger gänzlich zurückzuweisen sei oder nicht. Dagegen ist es für ein grobes Unrecht zu halten, wenn man in Anwendung jenes Grundsatzes vom Schuldner verlangt, daß er, wenn er das Vorhandensein anderer Berechtigter nicht beweisen kann, an den Kläger unbedingt zahlen, und, wenn nun dennoch ein Näherberechtigter vorhanden ist und wider ihn auftritt, an diesen

[1]) Vergl. Mascardi l. c. Nr. 15: Quinto limitanda est conclusio, ut non procedat, ubi manifeste constaret, alium proximiorem alias natum fuisse, et vixisse, qui nondum excederet centum annos, si viveret; tunc enim necesse esset, hunc, qui nunc se dicit proximiorem, ideoque tanquam talem se velle succedere, probare, illum, qui revera esset proximior, si viveret mortuum esse; secus vero, ubi subessent indicia mortis illius, ipsiusque mors praesumptive posset probari ...

noch einmal zahlen ſolle. Es wird Gerechtigkeit nur geübt, wenn man ſagt: Der Schuldner kann zwar die Zurückweiſung des Klägers nur erlangen, wenn er das Vorhandenſein Näher-Berechtigter poſitiv darthut; aber er braucht nur gegen Sicherheitsleiſtung zu zahlen, wenn nicht der Kläger ſeinerſeits das Nichtvorhandenſein ſolcher Näher-Berechtigten nachweiſt.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena von 1832: Wie nur der wirkliche Erbe des Gläubigers deſſen Forderungen einzuklagen berechtigt iſt, ſo wird auch der Schuldner, wenn er einem anderen, als ihm zahlt, von ſeiner Verbindlichkeit nicht befreit,

const. 12 de solut. (8 43),

und es leidet daher keinen Zweifel, daß er von dem, welcher als Erbe die Forderung ſeines Gläubigers gegen ihn einklagt, zu verlangen befugt iſt, daß derſelbe vollkommen erweiſe, daß und inwieweit er deſſen Erbe geworden.

Folgt nun aber aus dem Umſtande, daß jemand mit dem Verſtorbenen in Verwandtſchaftsverhältniſſen geſtanden, an und für ſich noch nicht, daß er auch deſſen alleiniger Erbe geworden, da noch andere in der Verwandtſchaft vor oder neben ihm ſtehen können, ſo iſt es ebenfalls klar, daß der Beweis, daß und in welchem Grade er mit dem Verſtorbenen verwandt ſey, zu ſeiner Rechtfertigung zur Sache nicht auslangen könne, ſondern daß er, wenn er ſein Erbrecht auf Inteſtaterbfolge gründet, auch darthun müſſe, daß er der alleinige und nächſte Verwandte des Verſtorbenen ſey, indem nur dann, wenn keine näheren Verwandten oder mehrere von gleichem Grade vorhanden ſind, ſich ergibt, daß ihm allein als Inteſtaterben die Erbſchaft angefallen ſey. Dieſem ſteht nicht entgegen, daß, wenn der Beſitzer der Erbſchaft mittelſt der hereditatis petitio auf deren Herausgabe belangt wird, es genügt, wenn der Kläger darthut, daß er ein ſtärkeres Recht auf die Verlaſſenſchaft habe, als der Beklagte. Denn dieſer, der als bloßer Beſitzer ſchon jenem ſtärkeren Rechte weichen muß, kann nicht verlangen, daß der Kläger den Beweis führe, daß kein Dritter ein beſſeres Recht auf die Verlaſſenſchaft habe; dagegen hat er aber auch, wenn er die Erbſchaft dem herausgegeben hat, welchem ſie als vermeintlichem Erben zugeſprochen worden, dem wirklichen Erben oder beſſer Berechtigten dafür nicht weiter zu haften. (Seuffert, Archiv XII Nr. 305.)

Erkenntniß des (vormal.) O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom December 1847: Der Kläger iſt allerdings darzuthun ſchuldig, daß er zu dem Anſpruche, welchen er geltend zu machen beabſichtigt, in dem behaupteten Umfange berechtigt ſey. Steht indeſſen demſelben ſchon ein ſein Klagrecht an und für ſich begründendes Factum — wie hier der Anfall der Erbſchaft, zu welcher die eingeklagte Forderung gehört — zur Seite, ſo hat der Beklagte diejenigen neuen Thatſachen anzuführen, durch welche das Klagrecht vereitelt oder beſchränkt werden würde, und eine hierauf gerichtete Behauptung ſtellt ſich als Einrede dar.

Jeder Erbe hat, wie ſchon das Accreſcenzrecht zeigt,

fr. 31, 53 de acquir. hered. 29, 2,

ein Recht auf den ganzen Nachlaß

fr. 1, 37 eod.

ſo lange, als andere neben ihm Berechtigte ihn nicht beſchränken. Die Abweſenheit ſolcher Beſchränkungen darzuthun, kann von dem Erben nicht ver-

langt werden, vielmehr liegt dem Beklagten ob, solche Beschränkung durch Nennung der weiteren Betheiligten speciell anzugeben und zu bewahrheiten. Dieses hat der Beklagte nicht vermocht, und eine Beweisauflage an die Kläger, daß sie alleinige Erben des Consulenten Pelizäus geworden seyen, würde den Gegenbeweis einer nicht vorgeschützten und noch weniger erwiesenen Einrede enthalten. (Ebendas. XVI Nr. 254.)

Nach den Grundsätzen unseres Rechtes ist der in Anspruch genommene Erbschaftsschuldner für befugt zu erachten, die Vorlegung eines von dem Erbschaftsrichter auszustellenden Erbeslegitimations-Attestes zu verlangen.

Es bestimmt dies ausdrücklich die Prz.-Ordnung Tit. 5 § 4 Nr. 6:

„... Setzt jemand seine Legitimation darin, daß der eingeklagte Anspruch durch Erbgangsrecht auf ihn gediehen sei und gründet er sich ... in einem gesetzlichen Erbrechte ..., so muß er von dem Gerichte, unter welchem ihm die Erbschaft angefallen ist, ein seine Legitimation nachweisendes Atteſt beibringen. In diesem muß der Grad der Verwandtschaft des Erben mit dem Erblasser angezeigt und zugleich attestirt werden, daß dem Gerichte kein näherer oder gleich naher Erbe bekannt sei. ." [1])

Diese gerichtliche Beurkundung darüber, daß der Kläger sich vor dem Nachlaßrichter als nächsten gesetzlichen Erben ausgewiesen habe, hat hier nicht sowohl die Bedeutung, die Erbeigenschaft des Klägers jedem Widerspruche gegenüber festzustellen, als vielmehr den Verklagten der eigenen Prüfung dieser Erbeslegitimation zu überheben, also ihm den Kläger als denjenigen darzustellen, an den er mit Sicherheit Zahlung leisten könne.[2])

---

[1]) Koch in seinem Entwurfe einer Civil-Prozeß-Ordnung (Berlin, 1848) hat statt dessen die Bestimmung vorgeschlagen:

§ 921 „... Der angebliche Erbe bedarf zu seiner Rechtfertigung gegen Dritte keiner Legitimations-Urkunde.

Wer sich mit einem Erben, dessen Erbrecht ihm nicht bekannt ist, einlassen will, hat sich den Titel desselben, sei er Verwandtschaft oder Testament, nachweisen zu lassen. Näher- oder gleichberechtigte Verwandte, welche dem Dritten ohne dessen Schuld unbekannt waren, können die von demselben in gutem Glauben an Jenen geleisteten Zahlungen oder mit ihm abgeschlossenen lästigen Rechtsgeschäfte, wegen ihres nähern oder gleich nahen Erbrechts, nicht anfechten."

[2]) In dem Großh. Heſſischen Entwurfe Abth. III Art. 247 ist dies ausdrücklich ausgesprochen:

„Wer an eine Person, welche nach den Art. 245, 246 als Erbe gerichtlich anerkannt ist (nämlich eine ihn als Erben anerkennende Beurkundung des Erbschaftsgerichts beigebracht und erforderlichen Falls eine Präclusion der öffentlich aufgebotenen unbekannten Erbberechtigten erwirkt hat), die

109. Es bleibt jetzt noch übrig, der zur Feststellung des gesetzlichen Erbrechts dienenden Beweismittel zu gedenken. Schon im Vorhergehenden war von einem solchen — nämlich dem von dem Erbschaftsrichter auf Grund des vor ihm stattgefundenen Legitimationsverfahrens auszustellenden Erbeslegitimations-Atteste[1]) die Rede.

Mit Recht bemerkt Roloff a. a. O. S. 337, 338 über die Bedeutung desselben:

> Die ältere Ansicht, daß der Prozeßrichter überhaupt keinen Beruf habe, die Legitimation der als Erbe, namentlich als Intestaterbe, auftretenden oder in Anspruch genommenen Partei zu prüfen, er vielmehr lediglich die Beschaffung eines vom Nachlaßrichter ausgestellten Legitimations-Atteste zu erfordern habe, kann als bereits durch Wissenschaft und Rechtssprechung überwunden gelten (Entscheid. B. 41 S. 74). Der Prozeßrichter ist als solcher auch mit der Prüfung und Entscheidung über die Aktiv- und Passiv-Legitimation befaßt, sobald darüber unter den Parteien Streit entsteht, ja er soll dieselbe bei Einleitung der Klage sogar von Amtswegen prüfen, und wenn ihn auch ein beigebrachtes Legitimations-Attest des Nachlaßrichters in der Regel der weiteren Prüfung überheben wird, so ist einestheils der Gegenbeweis gegen ein solches Attest nicht ausgeschlossen, anderntheils die Beibringung des Atteste in vielen Fällen geradezu unmöglich, besonders dann, wenn der Erblasser sein letztes Domizil außerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Landrechts hatte. In solchen Fällen ist also der Prozeßrichter unzweifelhaft auf die Würdigung des anderweitig angetretenen oder geführten Beweises hingewiesen.

Erbschaft oder dazu gehörige Gegenstände ausliefert, eine Forderung des Erblassers bezahlt, oder zur Erbschaft gehörende Gegenstände von ihm erwirbt, kann von dem näher berechtigten Erben nur dann in Anspruch genommen werden, wenn ihm bekannt war, daß der gerichtlich anerkannte Erbe nicht der nächste oder alleinige Erbe gewesen ist."

In den Motiven (S. 150) ist dazu gesagt: Hat das Erbschaftsgericht dem Erben eine dessen Eigenschaft anerkennende Urkunde einmal in die Hand gegeben, so muß jeder, der auf die in der Urkunde enthaltene gerichtliche Versicherung hin mit dem Inhaber derselben als Erben bona fide Rechtsgeschäfte eingeht .., gegen jeden Anspruch allenfallsiger näheren Erbberechtigten gesichert sein. Letztere können sich nur an den halten, der bisher als Erbe gegolten hat.

[1]) Auch der Großh. Hessische Entwurf kennt, wie schon erwähnt, ein solches Attest, indem der Art. 245 Abth. III vorschreibt:

> „Der Erbe kann die Ausstellung einer ihn als Erben anerkennenden Beurkundung von dem Erbschaftsgerichte verlangen, wenn er entweder sich als den nächsten gesetzlichen Erben ausgewiesen hat, oder wenn der letzte Wille, aus welchem der Erbe sein Erbrecht ableitet, von dem nächsten gesetzlichen Erben anerkannt worden ist."

Die Ertheilung eines solchen Attestes setzt nach den obigen Vorschriften unseres Landrechts voraus:

„daß der angebliche Erbe den Grad seiner Verwandtschaft mit dem Verstorbenen bestimmt anzeige und gehörig nachweise"

und demnächst eine Versicherung an Eidesstatt abgebe:

„daß ihm keine nähere oder gleich nahe Verwandten des Erblassers bekannt sind."

Zu dem ersteren Zwecke dienen die betreffenden Auszüge aus den Kirchenbüchern,[1]) beziehungsweise Civilstandsregistern, nöthigenfalls auch die Hausbücher verstorbener Eltern,[2]) desgleichen Zeugen,[3]) namentlich „leibliche Eltern und andere Verwandte in aufsteigender Linie.[4])

Außerdem fragt sich aber:

Ist der Eidesantrag darüber zulässig, daß gewisse Verwandte die nächsten einer Person seien, indem keine nähere oder gleich nahe vorhanden?

Diese Frage ist vom O. A. G. zu Jena in einem Erkenntnisse vom 9. December 1827 bejahend entschieden, indem erwogen wurde:

Ein Urtheil liegt in dem, was hier beschworen werden soll, nur insofern, als jede Wahrnehmung eines äußeren Umstandes Urtheil genannt werden wollte. Ob nähere Verwandte als Bruderkinder am Leben waren, ist nichts anderes als die Frage: ob kein Vater, Bruder ꝛc. am Leben gewesen, also in der That, indem der über die Gradesnähe in abstracto Ungewisse vor der Eidesleistung sich Belehrung erbitten kann, ein fremdes Factum, worüber wenigstens der Glaubenseid geleistet werden muß. (Seuffert, Archiv IV Nr. 265.)

Anlangend die eidesstattliche Versicherung, so ist dieselbe vor dem Nachlaßrichter abzugeben und daher nicht als eigentliches Beweismittel zu betrachten. Hierbei fragt es sich:

Genügt eine notarielle Vollmacht, um Namens des Erben

---

[1]) Vergl. Jacobson in Weiske's Rechtslexicon VI S. 98—100. Strippelmann, der Beweis durch Schrift-Urkunden Abth. I S. 213 f.

[2]) Vergl. Prozeß-Ordnung Tit. 10 § 162: Aus den Hausbüchern verstorbener Eltern kann, wenn auf andere Art die Wahrheit nicht auszumitteln ist, die Geburt, die Verheirathung und das Absterben der Kinder bewiesen werden."

[3]) Reser. vom 6. Oktober 1826 in v. Rönne's Ergänz. und Erläut. des Allgem. Landrechts I. S. 250.

[4]) Vergl. Proz.-Ordn. Tit. 10 § 228 Nr. 1: „... Wenn es darauf ankommt, das Alter der Kinder, deren Verheirathung oder Absterben zu erweisen, und die Wahrheit auf andere Art nicht ausgemittelt werden kann, so sind dergleichen Verwandte in aufsteigender Linie auch als Beweiszeugen zulässig."

jene zu dessen Legitimation erforderliche Versicherung abzugeben? [1])

Diese Frage ist vom Appellationsgericht zu Hamm in folgendem Rechtsfalle im Beschwerdewege bejaht worden:

Ueber den Nachlaß der Eheleute H. in Kierspe war unter sämmtlichen Interessenten vor Notar und Zeugen ein Theilungsrezeß zu Stande gekommen. In demselben hatten zugleich die Erben Behufs der Feststellung ihrer Legitimation der einen Miterbin die Ermächtigung ertheilt:

an Eidesstatt in die Seele ihrer Machtgeber zu versichern, daß denselben nähere oder gleich nahe Verwandte der verstorbenen Eheleute H. als die im Eingange des Rezesses genannten Personen nicht bekannt seien.

In Folge dessen hatte auch die Bevollmächtigte diese eidesstattliche Versicherung für sich und Namens ihrer Miterben vor dem Erbschaftsgerichte abgegeben. Letzteres hielt sie jedoch bei dem Mangel einer gerichtlichen Vollmacht dazu nicht für legitimirt und beschloß die persönliche Ladung der Vollmachtsaussteller, um von ihnen die gedachte Erklärung entgegenzunehmen.

Diese Verfügung beruhte auf folgender Erwägung:

Die zur Feststellung der Erbeseigenschaft erforderliche eidesstattliche Versicherung müsse nach § 486 Tit. 9 Th. I des Allgem. Land-Rechts gerichtlich abgegeben werden. Dies könne zwar auch durch einen Bevollmächtigten geschehen, aber nur unter der Voraussetzung, daß die Vollmacht dieselbe Form habe, wie die eidesstattliche Versicherung, nämlich gerichtlich aufgenommen sei. Denn der Erbe, der einen Dritten zu der gedachten Erklärung bevollmächtige, gebe damit in der That diese selbst ab; es könne daher eine solche Vollmacht in rechtsgültiger Weise ebensowenig von einem Notar aufgenommen werden, wie die eidesstattliche Versicherung selbst.

Zur Unterstützung dieser Ansicht war noch auf das Min.-Rescript vom 4. Februar 1835 (Jahrbücher B. 45 S. 181) so wie auf die Autorität von Koch Bezug genommen.

Auf die von den Erben gegen die Verfügung des Nachlaßrichters erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht zu Hamm in dem Bescheide vom 7. Mai 1858 sich für die Bejahung der oben aufgestellten Frage erklärt.

Allerdings ließ sich nicht in Zweifel stellen, daß die nach § 486 Tit. 9 Th. I des Allg. Land-Rechts von dem Erben abzugebende

---

[1]) Eine solche Frage läßt sich natürlich nicht stellen, wenn man mit den Gesetzrevisoren (Pensum XVI S. 41) die Abgabe dieser Versicherung in Person für nothwendig hält, also jede Stellvertretung ausschließt — eine Ansicht, die jedoch in der Praxis niemals Geltung erlangt hat.

eidesstattliche Versicherung zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen Form bedarf. Allein das A. L.-R. verordnet in den §§ 99 u. 100 Th. I Tit. 13, daß eine Spezialvollmacht erforderlich sei, wenn der Bevollmächtigte einen Eid in die Seele des Machtgebers ableisten soll und bestimmt nichts desto weniger im § 115 a. a. O. nur, daß, wenn auf Grund einer Spezialvollmacht etwas gerichtlich verhandelt werden soll, der Richter eine gerichtlich oder vor einem J.-C. und Notar ausgestellte oder anerkannte Vollmacht fordern soll. Einer gerichtlichen oder notariellen Vollmacht kann es daher auch nur zur Abgabe eidesstattlicher Erklärungen bedürfen, und wenn auch die eidesstattliche Erklärung im vorliegenden Falle an sich gerichtlich abgegeben werden muß, so kann doch, wie eben aus der Zusammenhaltung der §§ 100 u. 115 Th. I Tit. 13 A. L.-R. sich ergibt, die Bevollmächtigung zu dieser eidesstattlichen Erklärung der Abgabe der letzteren selbst noch nicht gleichgestellt werden.

In Betreff der eidesstattlichen Versicherung bei dem Vorhandensein mehrerer Erben ist zu verweisen auf Koch's Kommentar zu § 486 d. T. und v. Rönne's Ergänzungen und Erläuterungen des Allg. Landrechts I. S. 251 f., desgl. Arndts und Leonhard, das Vormundschaftsrecht (Berlin 1862) S. 161 Anm. 639.

Von den Wirkungen der Präclusion eines unbekannten Erben.

§ 494. «Erben, gegen welche nach erfolgter öffentlicher Vorladung ein Präclusionsurtel ergangen ist, werden zwar dadurch, so lange die Verjährungsfrist noch nicht verflossen, ihres Erbrechts selbst noch nicht verlustig.»

§ 495. «Sie müssen sich aber alle Verfügungen gefallen lassen, welche der Besitzer des Nachlasses in Ansehung eines Dritten darüber getroffen hat.»

§ 496. «Nur insofern der Erbschaftsbesitzer etwas von dem Nachlasse aus bloßer Freigebigkeit, es sei unter Lebendigen oder durch letztwillige Verordnung an einen Dritten übertragen hat; und dasselbe noch in den Händen des Empfängers ist, oder dieser dadurch in dem Besitze eines Vortheils sich noch wirklich befindet; kann der wahre Erbe dergleichen Sache oder Summe von ihm zurückfordern.»

§ 497. «Die Rechte eines nach der Präclusion sich meldenden Erben gegen den Besitzer der Erbschaft selbst, sind nach den Vorschriften des Siebenten Titels, jenachdem

Letzterer sich in einem redlichen oder unrechtfertigen Besitze befunden hat, zu bestimmen.»

§ 498. «Doch muß auch der redliche Besitzer der Erbschaft, welcher die Substanz ganz oder zum Theil gegen Entgelt veräußert hat, den wahren Erben für den daraus gelösten Werth gerecht werden.»

110. In Betreff der Verjährung der Erbschaftsklage (hereditatis petitio), auf welche der § 494 in den Worten: „so lange die Verjährungsfrist noch nicht verflossen ist" ausdrücklich hindeutet, ist zu verweisen auf

Unterholzner, Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre (2. Aufl., bearbeitet von Schirmer) II. § 167.

Arndts in Weiske's Rechtslexicon V. S. 233, 234.

sowie rücksichtlich des Preuß. Rechts auf

Striethorst, Archiv B. 15 S. 248 f.; B. 34 S. 197 f.

111. Die Vorschrift des § 497, welche in Betreff der Restitutionspflicht des Besitzers keinen Unterschied zwischen der hereditatis petitio und der Vindikation einzelner Sachen kennt, beruht auf einer bewußten Abweichung vom römischen Recht, wonach selbst der redliche Erbschaftsbesitzer auch die noch vorhandenen Früchte und die durch Consumtion der Früchte erlangte Bereicherung herausgeben muß.[1])

Nach Inhalt der Materialien wurde in der Besitzlehre gegen den gedruckten Entwurf (§ 121) monirt:

> Nach den bisherigen Systemen wurde zwischen einzelnen Sachen und universitatibus juris ein Unterschied gemacht. Bei letzteren mußten auch fructus consumti erstattet werden, insofern der Besitzer dadurch locupletior geworden war. Dieser Unterschied liegt, nach des Monenten Meinung, in der Natur der Sache, und gründet sich darauf, daß bei universitates juris das pretium in locum rei tritt. Er sollte also beibehalten und hiernach die Ausnahme festgesetzt werden.

Goßler bemerkte hiergegen:

> Scheint unrichtig. Der bisherige Unterschied war im Grunde eine bloße Spitzfindigkeit, und der Satz: pretium succedit in locum rei, kann nur von der Substanz gelten. Früchte hingegen, welche durch die Consumtion von der Substanz getrennt werden, sind nicht mehr Theil derselben, und das pretium wird auch hier ein Eigenthum des redlichen Besitzers.
>
> Zur Hebung alles Zweifels dürfte im Gesetze selbst zu sagen sein,

[1]) l. 40 § 1, l. 13 § 7, l. 25 § 20, l. 26—29 D. de her. pet. (5, 3); l. 1 § 1 C. eod. (3, 31).

daß die Vorschrift sowohl bei einzelnen Sachen als bei Inbegriffen von Sachen gelten soll.

Simon und v. Strampff, Materialien des A. L. R. zu der Lehre von Gewahrsam und Besitz. S. 295.

Suarez erklärte in der revisio monitorum:

Der O. A. Senat erinnert, daß bei universitates juris der redliche Besitzer auch fructus consumtos erstatten müsse, insofern er dadurch locupletior geworden sei; allein ich halte mit dem H. Goßler dafür, daß man diesen Unterschied inter res singulares seu universitates rerum et universitates facti übergehen könne. Er gründet sich nicht in der Natur der Sache, sondern bloß auf den Satz: quod in universitatibus jurium pretium succedat in locum rei. Dieser Satz kann aber nur von der Substanz, nicht aber von den Früchten gelten, die von der Substanz schon getrennt sind.

Ebendas. S. 303, 304.

Eine gleiche Bestimmung ist auch in das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch übergegangen, indem dasselbe vorschreibt:

§ 824. „Wenn der Beklagte zur Abtretung der Verlassenschaft ganz oder zum Theile verhalten wird; so sind die Ansprüche auf die Zurückstellung der von dem Besitzer bezogenen Früchte; oder auf die Vergütung der von demselben in dem Nachlasse verwendeten Kosten nach jenen Grundsätzen zu beurtheilen, welche in Rücksicht auf den redlichen oder unredlichen Besitzer in dem Hauptstücke vom Besitze überhaupt festgesetzt sind. . ." [1])

112. Ein Erbe, der sich in Folge des ergangenen Präclusionsurtheils für den Alleinerben zu halten berechtigt ist, verzehrt in diesem Glauben die Hälfte der Erbschaft. Später meldet sich ein Miterbe, dem die Hälfte der Erbschaft gebührt.

Ist nun der Erbschaftsbesitzer verpflichtet, seinem Miterben den ganzen Rest — oder nur die Hälfte davon herauszugeben — oder behält er den ganzen Rest für sich?

Der Rest ist zu theilen, weil vor der Erbtheilung jedem der beiden Erben die Hälfte an jeder Erbschaftssache pro indiviso zustand, mithin der aufgezehrte Theil der Erbschaft Beiden verloren gegangen ist.

---

[1]) Vergl. Unger, System des österreich. allgem. Privatr. II. § 128 Note 34. Unger, das österr. Erbrecht § 52 Note 6.

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen folgt dagegen dem röm. Recht, indem es im § 2308 bestimmt: „Früchte, welche vor Benachrichtigung des Beklagten von der Klage von erbschaftlichen Sachen gezogen worden sind, hat der redliche Besitzer, so weit sie zur Zeit der Benachrichtigung von der Klage vorhanden und, wenn sie zu dieser Zeit verbraucht sind, so weit er bereichert ist, zu erstatten."

So entscheidet auch Ulpian diesen Rechtsfall in l. 25 § 15 D. de her. pet. (5, 3).

113. In Ansehung der Frage:

> Wie regelt sich die Beweislast, wenn der wahre Erbe die Erbschaft von deren redlichen Besitzer, soweit dieselbe oder deren Werth noch vorhanden ist, herausgegeben verlangt?[1])

ist auf das Erkenntniß unseres Ober-Tribunals vom 2. März 1863 (Entscheid. B. 49 S. 106 f.),

desgleichen rücksichtlich der Frage:

> Haften Intestaterben, welche als redliche Besitzer einen unter sich bereits getheilten Nachlaß an später auftretende und besser berechtigte Intestaterben herausgeben müssen, solidarisch oder nur im Verhältniß ihrer Erbtheile?

auf die Abhandlung Scheele's in der Jurist. Wochenschrift 1848 S. 206 Bezug zu nehmen.

114. Ueber die Vorschrift des § 498 bemerkt Dr. L. Jacobi, die Lehre von der Bereicherungsklage (Jena 1861) S. 91:

> Als mit dem Röm. Recht übereinstimmend[2]) ist noch die Vorschrift des § 498 Tit. 9 Th. I A. L. R. zu erwähnen. Es ist dies eben nur eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Eigenthumsverfolgung, da nach § 28 Tit. 15 der redliche Erwerber einer Sache, welcher dieselbe redlicher Weise hinwiederum veräußert hat, dem Eigenthümer, wenn dieser auf andere Art nicht vollständig entschädigt werden kann, den bei der Veräußerung gezogenen Vortheil verabfolgen muß, bei dessen Berechnung ihm aber nach § 29 d. T. Alles, was er während der Besitzzeit anderwärts her als aus der Sache selbst zu deren Erhaltung und Verbesserung verwendet hat, zu Gute gerechnet wird.[3])

---

[1]) In Betreff des röm. Rechts vergl. Wächter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte Heft I S. 7, 8.

[2]) Vergl. hierzu den entsprechenden Passus des S. C. Juventianum „item placere etc. in l. 25 § 6 D. 5, 3. Koch bemerkt Anm. 4 des Comment. zu § 498: Es sei dieser Paragraph eine erhebliche Abweichung vom gemeinen Recht, da nach l. 31 § 3, l. 36 § 5 D. 5, 3 der redliche Erbschaftsbesitzer nur so weit hafte, als er noch reicher ist. — Eine Abweichung ist schwerlich beabsichtigt; auch entspricht die Vorschrift ganz dem § 28 Tit. 15, während die besonderen Beweisregeln in §§ 30 f. allerdings fortgeblieben sind. — Vergl. auch § 152 Tit. 51 der Proc.-Ordn. („was alsdann noch von der Masse vorhanden wäre").

[3]) S. den entsprechenden Grundsatz des Röm. Rechts in l. 13 D. 12, 1, durch welchen man ganz mit Unrecht die Existenz einer Bereicherungsklage hat nachweisen wollen.

Dritter Abschnitt.

Vom Erbschaftskaufe.[1])

Allgemeines Landrecht Theil I. Titel 11.

Was für Erbschaften verkauft werden können.

§ 445. «Nur eine wirklich angefallene freie Erbschaft kann verkauft, und einem Andern gültig abgetreten werden.»

§ 446. «Der Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft, die dem Verkäufer noch erst anfallen soll, ist nichtig.»

1. Ueber die Stellung des Erbschaftskaufs im Systeme bemerkt Unger, das österreich. Erbrecht S. 222 Anm. 1:

> Die Veranlassung und Rechtfertigung der Behandlung dieser Materie im Erbrecht liegt in dem Objekt der Veräußerung: die wichtigsten Fragen in dieser Lehre setzen zu ihrer Erörterung die Kenntniß der erbrechtlichen Verhältnisse voraus. Es ist daher nicht zu billigen, wenn manche neuere Gesetzgebungen über das Obligat.-Recht, welches doch im System vor das Erbrecht zu stellen ist, im Abschnitt vom Kauf von dem Erbschaftskauf handeln: so der Hess. Entw. Abth. IV Buch II Art. 35—46 und der Baier. Entw. II Art. 339—351. Vollends unpassend ist die Behandlung dieser Materie im (Oesterreichischen) bürgerl. Gesetzbuche in dem Hauptst. von den Glücksverträgen: nicht jeder Erbschaftskauf ist ein gewagter Kauf und das Charakteristische desselben liegt überhaupt nicht in einem Wagniß: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res. l. 7 D. h. t. Die richtige Stellung gibt dem Erbschaftskauf das sächs. Gesetzb. § 2372—2381. Vergl. auch Zürch. Gesetzbuch § 2138 f.[2])

---

[1]) Crell, thes. jur. civ. de hereditate vendita. Vitemb. 1752.
Besecke, de alienatione hereditatis etc. Halae. 1774.
Glück, Comment. XVI S. 315—379.
Arndts in Weiske's Rechtslex. IV S. 24—26.
Koch, Recht der Ford. III § 330.

[2]) Auch Heydemann, System des Preuß. Civilrechts im Grundrisse weist dem Erbschaftskaufe seine Stellung im Erbrechte an; desgl. Bornemann, Syst. Darst. des Preuß. Civilr. VI §§ 429 ff., während Koch ihn im Recht der Forderungen als eine besondere Art des Kaufes behandelt.

Die Richtigkeit dieser Bemerkungen tritt noch mehr hervor, wenn man erwägt, daß es sich hier nicht bloß um den Erbschaftskauf, sondern überhaupt um die Veräußerung der Erbschaft handelt und daß es an sich für die rechtliche Beurtheilung dieses Veräußerungsaktes ganz gleichgültig ist, ob derselbe entgeltlich oder unentgeltlich geschieht. Wir begegnen daher hier derselben Einseitigkeit in der Auffassung, die auch in der Cessionslehre sich häufig bemerklich macht, indem man gewohnt ist, die Cession als ein lästiges Rechtsgeschäft — als einen vermöge seines Gegenstandes eigenthümlichen Kauf — zu betrachten und auf diese Weise die Rechtsübertragung selbst mit dem zufälligen Rechtsgrunde (Titel) derselben identifizirt.

2. Eine Erbschaft, wie jeder andere Vermögensgegenstand, kann auch schenkungsweise übertragen werden.[1]) Voraussetzung ist hierbei die Absicht, dem Erwerber aus reiner Freigebigkeit einen Vortheil zuzuwenden. — Geschieht die Uebertragung nicht aus Freigebigkeit, sondern in der Absicht, sich dadurch der Erbschaftslasten zu entledigen, so ist die Uebernahme dieser Lasten als Entgelt anzusehen und daher ein wirklicher Erbschaftskauf vorhanden. — Wenn aber auch schenkungsweise eine Erbschaft von dem Erben an einen Anderen veräußert wird, so kommen sowohl in Beziehung auf die Form als auf die Wirkungen dieses Geschäftes die für den Erbschaftskauf gegebenen Vorschriften insoweit zur Anwendung, als dieselben nicht auf der Natur eines Kaufvertrages beruhen. Also auch hier zeigt sich wieder, daß diese Vorschriften, obwohl sie speziell den Erbschaftskauf behandeln, ihrer Natur nach eine größere Tragweite haben.

3. „eine wirklich angefallene Erbschaft."[2])

Pomp. l. 1 D. de her. v. act. vend. (18, 4): Si hereditas venierit ejus, qui vivit, aut nullus sit, nihil est acti, quia in rerum natura non sit, quod venierit.

---

[1]) Papin. l. 28 D. de donat. (39, 5): Hereditatem pater sibi relictam, filiae sui juris effectae donavit. Creditoribus hereditariis filia satisfacere debet: vel si hoc minime faciat, creditores contra patrem veniant: cogendam eam per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere.

Vergl. v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen § 21 B. 2 S. 33—35.

Unger, Syst. des österr. Privatr. II S. 211.

[2]) Die Verträge über die künftige Erbschaft eines noch lebenden Dritten werden im Abschnitte „von Erbverträgen" zu den §§ 650 f. Tit. 12 Th. I A. L. R. zu behandeln sein.

Paul. l. 7 eod.: Quum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emtio; nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res; quae si non est, non contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 879. „Insbesondere sind . . . folgende Verträge ungültig: . . . 4) wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, die man von einer dritten Person hofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird." [1])

Unser Landrecht weicht hier von den Grundsätzen des römischen Rechts insofern ab, als nach dem letzteren die in Gestalt eines bloßen Hoffnungskaufes vorkommende Erbschaftsveräußerung nach den gewöhnlichen Grundsätzen über emtio spei beurtheilt wurde.

Ulp. l. 11 h. t. (18, 4): Nam hoc modo admittitur, esse venditionem: „Si qua sit hereditas, est tibi emta," et quasi spes hereditatis; ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus. [2])

Carpzov, jurispr. for. P. II c. 35 d. 17: Quamvis non valeant pacta futura successionis, licet tamen pacisci in genere de alicujus incerti hominis hereditate.

Brunnemann com. in P. ad l. 1 h. t. nr. 4, 5: Si tamen hereditas vere sit, sed dubitat venditurus, an ad se pertineat, potest spes vendi, sed bona fide. Sed futura hereditas incertae personae potest vendi, v. g. si mihi hereditas obvenerit, tibi 100 sit emta.

4. Die Frage:

ob eine durch Testament angefallene Erbschaft auch noch vor der Testamentseröffnung rechtsgültig veräußert werden könne,

wird unbedenklich zu bejahen sein. Denn auch die testamentarische Erbschaft fällt dem Berufenen schon mit dem Tode des Erblassers an [3]) und der Umstand, daß der § 242 Tit. 12 Th. I A. L. R. das Recht des eingesetzten Erben, die Erbschaft anzutreten und in Besitz zu nehmen, als eine Wirkung des gehörig publicirten Testaments bezeichnet, schließt die vorgängige Veräußerung der angefallenen Erbschaft nicht aus, da hiermit von selbst der Käufer nach § 454 d. T. auch jenes Recht überkommt, das ganz singuläre Verbot eines Vergleiches über Erbschaften aus noch uneröffneten letztwilligen Verordnungen [4]) aber läßt sich hierher nicht ziehen, da es eben nur Vergleiche trifft.

[1]) So spricht auch der § 1278 nur von dem Kaufe „einer von dem Verkäufer angetretenen, oder ihm wenigstens angefallenen Erbschaft."

[2]) So konnte auch ein Societätsvertrag dahin abgeschlossen werden: ut, si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis sit.
L. 3 § 2 D. pro soc. (17, 2).

[3]) § 367 Tit. 9 Th. I A. L. R.

[4]) § 442 Tit. 16 a. a. O.

Fände sich nun in dem vorausgesetzten Falle bei der Testaments-Eröffnung, daß der Verkäufer nicht testamentarischer Erbe ist, so würde das Kaufgeschäft seine rechtliche Wirksamkeit in der dem Verkäufer nach §§ 487, 489 d. T. obliegenden Gewährleistungspflicht zeigen. Dies würde selbst dann eintreten, wenn der Verkäufer ein Notherbe ist und als solcher ein Pflichttheilsrecht an dem Nachlasse geltend zu machen hätte. Denn nicht sein gesetzliches Erbrecht (Pflichttheilsrecht), sondern sein (vorausgesetztes) testamentarisches bildet den Gegenstand des vorliegenden Erbschaftskaufes.

5. In den Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals B. 38 S. 89 f. wird ein Erkenntniß des genannten Gerichtshofes vom 15ten April 1858 mitgetheilt, welches nach der ihm gegebenen Ueberschrift die Frage behandelt:

> Ist ein Vertrag, wodurch eine bestimmte Summe Geldes aus einer erst künftig zu erwartenden Erbschaft von dem einen Contrahenten dem andern geschenkt wird, für ungültig zu erachten?

Nach der vom höchsten Gerichtshofe für richtig erklärten Feststellung des Appellationsrichters hatte der Verklagte den Kindern des Klägers 6000 Thlr. als Geschenk unter der ausdrücklichen Voraussetzung zugesichert:

> „daß dem Verklagten die großväterliche Erbschaft anfallen und aus dieser Erbschaft eine Summe von jenem Betrage zu realisiren sein würde."

Gegen die Ansicht der Vorderrichter, welche die §§ 445, 446 d. T. auf den vorliegenden Fall anwendbar erachteten, hat das Ober-Trib. die Gültigkeit des Schenkungsvertrages angenommen:

> weil „eine bestimmte Summe, die einen Bestandtheil einer künftigen Erbschaft ausmacht, geschenkt worden, also nicht eine universitas facti oder juris, nicht das Erbschaftsrecht oder ein Theil des Erbschaftsrechts, was nach der Natur der Sache immer nur ein aliquoter Theil sein kann."

Wir halten die Entscheidung des Ober-Tribunals für richtig, die Begründung derselben aber ebensowenig für zutreffend als die Gegenausführung Koch's (in seinem „Recht der Forderungen" (2. Ausgabe) III. S. 806 f. und in seiner „Anleitung zur Preuß. Prozeßpraxis" I. S. 932 f.). Es liegt hier ein Vertrag über eine (künftig zu erwer-

bende) Erbschaftssache gar nicht vor,[1]) sondern die Schenkung einer generell bestimmten Sache, einer Quantität, geknüpft an die Bedingung, daß der Schenker durch den erwarteten Anfall der großväterlichen Erbschaft die bereiten Mittel überkommen werde, sein Schenkungsversprechen zu erfüllen. Es ist also hiermit keineswegs, wie es das Ober-Tribunal auffaßt, über einen einzelnen Bestandtheil einer künftigen Erbschaft, eine res hereditaria, ein Veräußerungsvertrag geschlossen. Es ist nichts aus einer künftigen Erbschaft verschenkt, sondern nur ein Summenversprechen abgegeben, allerdings in der ausdrücklichen Voraussetzung, daß ein erwarteter Erbschaftsanfall dem Versprechenden die nöthigen Zahlungsmittel gewähre. Der Fall unterliegt daher keiner anderen rechtlichen Beurtheilung, als wenn Jemand einem Andern 1000 Thlr. unter der Bedingung zu schenken verspricht, daß er einen, diese Summe erreichenden Lotteriegewinn machen sollte.

6. Eine ganz andere Frage ist:

ob ein Veräußerungsvertrag über ein noch nicht angefallenes Legat gültig sei.

Diese Frage wird aus den von Koch a. a. O. geltend gemachten Gründen zu verneinen sein — eine Ansicht, mit der auch die gemeinrechtliche Praxis übereinstimmt,[2]) desgleichen die oben zu Nr. 3 angeführte Vorschrift des Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuches.

7. Durch den im § 445 gewählten Ausdruck „freie Erbschaft" hat nicht der Gegensatz von einer bedingten oder mit Substitution oder Fideicommiß belasteten Erbschaft, sondern der Gegensatz zwischen Erb-

---

[1]) Auf einen solchen Vertrag bezieht sich auch nur l. 30 C. de pact. (2, 3): ... Quare enim quodam vivente et ignorante de rebus ejus quidam paciscentes conveninnt? Secundum veteres itaque regnlas sancimns, omnimodo hnjnsmodi pacta, qnae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari ... Jnbemns etenim, neque donationes talinm rernm, neque hypothecas penitus esse admittendas, neque alium qnemqnam contractum: cum in alienis rebus contra domini volnntatem aliqnid fieri, vel pacisci, secta temporum nostrornm non patiatur.

So werden auch von Alciat in C. h. t. ad l. 30 cit. nr. 33 nur die Verträge „de specie aliqna aut re particulari" mit hierher gerechnet.

Vergl. auch das in der folgenden Note angeführte Erkenntniß des Ober-Appell.-Gerichts zu Lübeck.

[2]) Vergl. das ausführlich begründete Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 31. März 1857 in Seuffert's Archiv XIII Nr. 151.

schaftsrecht und Recht auf Lehns- und Fideicommißfolge angedeutet werden sollen.[1])

§ 447. «Nur alsdann ist ein wirklicher Erbschaftskauf vorhanden, wenn das Erbschaftsrecht selbst oder ein Theil desselben verkauft worden.»

§ 448. «Ist nur ein bestimmter Inbegriff von Erbschaftssachen verkauft, so muß das Geschäft bloß nach den Vorschriften der Gesetze von dem Verkaufe eines Inbegriffs von Sachen beurtheilt werden.»

§ 449. «Ein Gleiches findet Statt, wenn die Erbschaft nur nach einem darüber aufgenommenen Inventario verkauft worden.»

§ 450. «Es wäre denn, daß aus dem übrigen Inhalte des Contracts erhellete, daß die Beziehung auf ein Inventarium nur der näheren Bestimmung und Bezeichnung wegen beigefügt sei.»

8. Unger, das österreich. Erbrecht S. 233 Note 3 bekämpft die hier aufgestellte Unterscheidung zwischen (uneigentlichem) Erbschaftskauf und Erbrechtskauf (eigentlichem Erbschaftskauf) als durchaus verwerflich und findet es auffallend, daß dieselbe in den baierischen Entwurf übergegangen ist.[2]) „Auch der sog. Erbrechtskauf — so bemerkt derselbe —

[1]) Wie die Materialien ergeben, bemerkte Kircheisen in der Revision: „Nicht jedes Erbschaftsrecht ist verkaufbar, z. B. bei Lehn- und Fideicommißfolge. Ich habe also das Wort — „freies" — hinzugefügt. Die Renunciation eines Agnaten zum Vortheil eines Entfernten gehört nicht hierher."

In diesem Sinne erscheint aber der Zusatz ganz bedeutungslos, da Lehne und Fideicommisse, welche der Erblasser besessen, nicht zu dessen Nachlaß gehören, also nicht eine Erbschaft im rechtlichen Sinne bilden.

Gesetz-Revision Pensum XVI S. 50 und Bornemann a. a. O. VI. S. 346, 347.

[2]) Dieser Entwurf Th. II Buch II bezeichnet im Art. 339 als Erbschaftskauf „den Kaufvertrag, welcher mit dem Erben über die demselben angefallene Erbschaft als solche abgeschlossen wird," erklärt im Art. 340 den Erbschaftsverkäufer für „verpflichtet, die ihm aus der Erbschaft zukommenden Rechte auf den Käufer zu übertragen" und läßt (Art. 341) „mit der Uebertragung die in der Erbschaft enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten, sowie sie durch den Erbschaftsanfall auf den Erben gekommen sind, unmittelbar auf den Käufer übergehen," verpflichtet auch (Art. 345) den Verkäufer, „dem Käufer

ist in der That ein Kauf der Erbschaft, nicht des Erbrechts. Würde das Erbrecht selbst, die Erbenqualität, übertragen, so müßte der Ver-

außer dem Falle einer besonderen Zusicherung über den Bestand der Erbschaft und vorbehaltlich der Bestimmungen des Art. 351 nur dafür Gewähr zu leisten, daß ihm die Erbschaft als Ganzes nicht aus dem Grunde entwährt werde, weil das Erbrecht des Verkäufers, so wie er es angegeben hatte, nicht begründet war." Im Gegensatz hiervon bestimmt nun der Art. 351: „Ist der Erbschaftskauf unter Zugrundelegung eines Inventars abgeschlossen, so beschränken sich die in Art. 341—350 bestimmten Wirkungen auf die im Inventar vorgetragenen Rechte und Verbindlichkeiten der Erbschaft und der Verkäufer hat auch für die Entwährung der einzelnen im Inventar bezeichneten Erbschaftsgegenstände einzustehen."

In den Motiven (München 1861) S. 138, 139 wird gesagt:

> Die allgemeinen Grundsätze über den Kaufvertrag unterliegen vielfachen Modifikationen, wenn der Kauf über eine Erbschaft geschlossen wird. Hier bilden nicht einzelne Sachen und Rechte, selbst nicht ein Komplex von solchen, das Kaufobjekt. Der Auffassung der deutschen Gesetzgebungen folgend (Bayer. L. R. IV. 4. § 7 Nr. 9 Preuß. L. R. I. 11 § 454), betrachtet vielmehr der Entwurf dieses Rechtsgeschäft als die Uebertragung des dem Verkäufer zustehenden Rechts auf die angefallene Erbschaft in der Art, daß der Käufer aktiv und passiv an die Stelle des verkaufenden Erben eintritt, und daß alle zur Erbschaft gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie durch die Erbschaft auf den Erben gekommen sind, auf den Käufer so übergehen, als ob die Erbschaft unmittelbar diesem angefallen wäre. Die Wirksamkeit dieses Rechtsüberganges erstreckt sich auch auf die Gläubiger und Schuldner der Erbschaft, nur mit der Begrenzung, daß den ersteren dadurch keine Verkürzung ihrer Rechte zugehen darf. (Art. 350.)
>
> Aus diesem Grundprinzip entwickeln sich die einzelnen Bestimmungen höchst einfach, und es bedarf der Umwege nicht, durch welche das Römische Recht die Strenge seiner Grundsätze mit dem Bedürfnisse des Lebens zu vermitteln im Falle war.

Weiterhin (S. 140) ist zu Art. 351 bemerkt:

> Ist der Bestand der Erbschaft durch ein Inventar festgesetzt und dieses dem Vertrage zu Grunde gelegt, so muß angenommen werden, daß es in der Absicht der Kontrahenten liege, den Gegenstand des Kaufes nach dem Inhalte des Inventars zu fixiren, wenn nicht besondere Gründe dafür sprechen, daß das Inventar nur als approximative, nicht maßgebende Bezeichnung gelten sollte. Kaufobjekt ist in solchem Falle nicht mehr das Erbrecht in seiner Universalität, es ist vielmehr auf die im Inventare bezeichneten Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten individualisirt; die weiteren Vermögenstheile und Verbindlichkeiten bleiben dem Käufer fremd; er hat dagegen in Betreff der bezeichneten Sachen und Rechte dieselben Ansprüche auf Gewährleistung, als wenn sie ihm einzeln verkauft wären.

äußerer von den Erbschaftsschulden ohne weiteres frei werden und der Erwerber proprio jure die erbschaftlichen Klagen aktiv und passiv haben: es müßte m. a. W. eine wahre Universalsuccession stattfinden, wie dies allerdings nach R. R. bei einem Verkauf der Erbschaft durch den Fiskus der Fall war l. 1 C. h. t. 4, 39. l. 41 D. de jure fisci 49, 14, l. 54 pr. D. de her. pet. 5, 3. Nichts von alle dem findet nach dem preuß. Landrecht und dem baier. Entw. bei dem eigentlichen Erbschaftskaufe statt: der Erbschaftskäufer wird als Cessionar und Schuldübernehmer behandelt und der Verkäufer bleibt den Erbschaftsgläubigern und Legatarien nach wie vor verhaftet: man befindet sich daher in einer vollkommenen Selbsttäuschung, wenn man meint, das Erbrecht selbst werde veräußert und gehe auf den Käufer über ..."

Gleichwohl hat die fragliche Unterscheidung, wenn nur ihre Bedeutung richtig aufgefaßt wird, ihren guten Grund. Der eigentliche Erbschaftskauf, als der Kaufvertrag über eine Erbschaft als ein juristisches Ganzes (s. g. universitas juris) hat in der That unter den vertragschließenden Theilen den Zweck und die Wirkung, den Käufer „in alle Rechte und Pflichten des Erben" eintreten zu lassen, „als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer, und nicht dem Verkäufer angefallen wäre." [1]) Diese Wirkung ist jedoch nur obligatorischer Natur, indem sie das Rechtsverhältniß unter den Kontrahenten bestimmt. Nach diesem hat sich der Verkäufer seines Erbrechts entäußert und dasselbe auf den Käufer übertragen. Dritten gegenüber kann jedoch dadurch das wahre Verhältniß nicht geändert werden. Hier macht sich die unveräußerliche Natur des Erbrechts geltend; [2]) der Verkäufer bleibt daher nach wie vor den Erbschaftsgläubigern und Legatarien als Erbe verhaftet. [3])

---

[1]) §§ 454, 456 d. T.

[2]) Koch, die Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte (Breslau 1837) § 15. Die Erben-Qualität, d. h. das Erbrecht selbst, kann nicht cedirt werden, weil dieses eine persönliche Eigenschaft, welche von der Person unzertrennlich ist, also eigentlich zum Status gehört, anzusehen ist, woraus nicht bloß Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten folgen.

[3]) In beiden Richtungen beurtheilt Unger die Erbschaftsveräußerung ganz richtig, indem er a. a. O. S. 220 sagt: Diese Veräußerung ist eine Uebertragung des Erbvermögens, nicht des Erbrechts: der Erwerber wird nicht Erbe, der Veräußerer hört nicht auf, Erbe zu sein. Wohl aber soll zwischen beiden Contrahenten dem praktischen Resultat nach dasselbe Verhältniß hergestellt werden, als wäre der Erwerber der unmittelbare Gesammtnachfolger des Erblassers: der Erwerber soll dem Effekt nach die Stelle des Erben, der Veräußerer dem materiellen Erfolg nach die Stelle des Nichterben

Von diesem wahren Erbschaftskaufe, der auf die Erbschaft als ein Begriffsganzes gerichtet ist, muß aber der Kauf bestimmter Erbschaftssachen oder eines bestimmten Inbegriffs von Erbschaftssachen wohl unterschieden werden. Hier haben wir einen Kauf, der den gewöhnlichen Grundsätzen unterliegt und deshalb mit dem Erbrechte in gar keiner Beziehung steht.

Die hier vertheidigte Unterscheidung findet sich auch bei den gemeinrechtlichen Juristen.

Vinnii sel. jur. quaest. Lib. II cap. VIII: . . . Multum interest, utrum certae quaedam res hereditariae veneant, an ipsa hereditas. Priori casu venditor tenetur ex emto, ut eas res suo sumtu et periculo persequatur et vacuam earum possessionem emtori tradat; item tenetur venditor, ut in singulis rebus hereditariis venditis praestet evictionem, quia quot sunt res, tot sunt evictiones aut evictionum causae.

Voet, com. ad P. XVIII, 4 nr. 1: . . . ad hereditatis distractionem inventarii confectione opus non est; eo quod tunc non hereditatis, sed rerum singularum hereditariarum videretur venditio, et perinde illud habendum esset, ac si res plures una fuissent venditione comprehensae arg. l. 14 § 1, l. 15 D. h. t.

Auch das Oesterreich. Gesetzbuch deutet auf diesen Unterschied hin, indem es bestimmt:

§ 1278. „. . . Wenn bey dem Kaufe (einer Erbschaft) kein Inventarium zum Grunde gelegt wird, ist auch der Erbschaftskauf ein gewagtes Geschäft."

§ 1283. „Hat man bey dem Verkaufe der Erbschaft ein Inventarium zum Grunde gelegt, so haftet der Verkäufer für dasselbe. Ist der Kauf ohne ein solches Verzeichniß geschehen, so haftet er für die Richtigkeit seines Erbrechtes, wie er es angegeben hat, und für allen dem Käufer durch sein Verschulden zugefügten Schaden."

Desgleichen der Code civil, welcher vorschreibt:

art. 1696. „Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier." [1])

---

einnehmen, somit auf dem Wege der Einzelnachfolge eine praktische Umstellung der Gesammtnachfolge bewirkt werden. Zu diesem Ende hat im allgemeinen der Veräußerer sämmtliche erbschaftliche Rechte und Vortheile auf den Erwerber zu übertragen und dieser jenen von allen nicht höchstpersönlichen erbschaftlichen Verpflichtungen und Nachtheilen zu befreien.

Vergl. auch Dr. Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach dem preuß. Allg. Landr. (Halle 1864) S. 120 f.

[1]) Vergl. Delvincourt, Instit. de droit civ. franç. III p. 140: On entend ici par hérédité, non pas les objets qui composent une succession, mais

9. Unter den Preußiſchen Juriſten herrſcht darüber Streit:

ob die Seitens eines Miterben an einen andern Miterben gegen eine beſtimmte Abfindung erfolgte Uebertragung ſeines Anrechts an der Erbſchaft als ein Erbſchaftskauf aufzufaſſen ſei.

Die Frage hat viel an praktiſchem Intereſſe verloren, nachdem durch das Geſetz vom 11. Juli 1845 § 1 zur Gültigkeit der Erbſchaftskäufe die für Verträge im Allgemeinen vorgeſchriebene Form für genügend erklärt iſt. Gleichwohl dürfte es noch immer von Wichtigkeit ſein, hierüber ins Klare zu kommen.

Sommer[1]) will die obige Frage unbedingt bejaht, Bornemann[2])

---

le droit même de succéder. Il suffit donc que ce droit existe pour que la vente soit valable, quand même, par événement, il n'en resulterait aucun profit pour l'acquéreur.

Desgl. Marcadé und Mourlon, Abriß des Franz. Civilrechts. Ins Deutſche übertragen von A. Pfaff (Heidelberg 1865) B. 2 S. 327 f.: Der Verkauf einer Erbſchaft (oder der Verkauf von Erbrechten) iſt nur die Ceſſion eines Rechts, eines nomen juris, einer unkörperlichen Sache; man zählt ſechs Arten: — 1. der Verkauf des (gewiſſen) Rechts, das der Cedent an eine Erbſchaft zu haben behauptet; — 2. der Verkauf eines bloßen Anſpruchs auf dieſe Erbſchaft, der als ſolcher cedirt wird; — 3. der Verkauf des (für gewiß erklärten) Rechts mit Angabe des Beſtandes oder Betrages der Erbſchaft; — 4, 5 u. 6. der Verkauf, der (in den vorhin erwähnten drei Fällen) nur das Aktivvermögen der Erbſchaft umfaßt, während der Schuldenſtand auf Rechnung des Verkäufers bleiben ſoll. — Der Code beſchäftigt ſich nur mit dem erſten dieſer ſechs Fälle . . . Wer (abſolut und ohne Zuſatz, wie auch ohne Beſchränkung) ſeine Erbrechte, aktive wie paſſive, verkauft, garantirt kraft Geſetzes nur für die Exiſtenz ſeines Erbtitels und für ſeine perſönlichen Handlungen . . . Da der Verkäufer, ohne, genau genommen, ſeinen Erbentitel (was nicht möglich iſt) zu übertragen, doch alle die pecuniären, aktiven wie paſſiven, Rechte, die mit dieſem Titel verbunden ſind, überträgt, ſo hat der Käufer (abgeſehen von einem ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Vorbehalt in dieſer Hinſicht) den ganzen Vortheil der Erbſchaft zu beziehen, wie er auch alle Schulden und Laſten dieſer Erbſchaft zu tragen hat.

Vergl. auch Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts (5. Auflage) II. § 359 zu II.

[1]) Arnsb. R. Archiv IV S. 407 f. Derſelbe macht geltend, daß es nach § 447 d. T. auch ein Erbſchaftskauf ſei, wenn auch nur ein Theil des Erbſchaftsrechts verkauft worden, und daß alſo die Ueberlaſſung der Erbquote auf dem Wege der Erbtheilung nichts als ein Erbſchaftskauf zu ſein ſcheine, da es im rechtlichen Verhältniſſe nichts ändern könne, daß der Erwerber des Erbtheiles ſelbſt ſchon Miterbe ſei.

[2]) Syſt. Darſt. des Pr. Civilr. VI S. 347: Der Begriff des Erbſchaftskaufes wird freilich dadurch allein nicht ausgeſchloſſen, daß der Käufer der Miterbe

sie unbedingt verneint wissen, während Koch[1]) einen Erbschaftskauf (aber auch nur dann) annimmt, wenn Einer von mehr als zwei Erben seine Erbquote nur dem Einen der Uebrigen gegen Entgelt abtritt, oder, wenn bei der Ausscheidung Eines von mehreren Miterben gegen eine bestimmte Abfindung die Kontrahenten erklären, daß der ausscheidende Erbe sein Erbschaftsrecht als Ganzes auf die Uebrigen übertragen und nicht bloß das Eigenthum der einzelnen Erbstücke überfassen wolle.[2])

Nach der Natur eines Theilungsvertrages „als eines in der Absicht eine bisher bestandene Gemeinschaft aufzuheben, abgeschlossenen einfachen oder wechselseitigen Kaufes," wie sie von Dr. Göppert in seiner in der Note 2 angeführten Schrift trefflich dargelegt ist, kann nur die erste Ansicht für die richtige gehalten werden. Die Miterben sind immer nur nach Verhältniß ihres Erbantheils Miteigenthümer der ganzen Erbschaft. Soll daher der Eine oder der Andere von ihnen im Wege freier Uebereinkunft (Erbtheilungsvertrag) Alleineigenthümer der ganzen Erbschaft werden, so ist dies nur durch die vollständige Uebertragung der Antheilsrechte seiner Mitgenossen, die in Beziehung auf ihn eine res aliena sind, zu bewerkstelligen. Geschieht diese Uebertragung gegen eine Geldsumme, so liegen alle Erfordernisse eines Erbschaftskaufes vor. Wenn Bornemann a. a. O. entgegnet: die Absicht der Parteien sei in einem solchen Falle keineswegs auf eine Uebertragung des Erbschaftsrechts gerichtet, vielmehr im Gegentheil gerade auf eine Reali-

---

des Verkäufers ist, denn das Gesetz macht keinen Unterschied, und ein solcher liegt auch nicht in der Natur der Sache. Daraus folgt aber nicht, daß bei einer Erbtheilung die Ueberlassung des Erbtheils an einen Miterben gegen eine Abfindung ein Erbschaftskauf sei . . . Die Absicht der Parteien ist in einem solchen Falle keineswegs auf eine Uebertragung des Erbschaftsrechtes gerichtet, vielmehr im Gegentheil gerade auf eine Realisirung des Erbschaftsanspruchs von der einen Seite, durch Hergabe einer bestimmten Geldsumme von der andern Seite. Der Abzufindende will seines Erbschaftsrechtes selbst sich eben so wenig entäußern, als dasselbe auf seinen Miterben übertragen. So ist auch fortwährend vom Geh. Ober-Tribunal erkannt.

[1]) Komment. zum Allg. Landr. zu § 447 d. T.

[2]) Wenn Koch die Ausscheidung Eines von mehreren Miterben gegen eine bestimmte Abfindung aus dem Grunde nicht als Kauf, sondern als Erbtheilung betrachtet, weil die übrigen Erben nur behalten, was sie mit dem Ausgeschiedenen schon in solidum hatten, so genügt es auf die gründlichen Gegenausführungen in der sehr empfehlenswerthen Schrift Göppert's, „Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach dem preuß. Allgem. Landr." (Halle 1864) S. 45 f. zu verweisen.

sirung des Erbschaftsanspruches von der einen Seite, durch Hergabe einer bestimmten Geldsumme von der andern Seite — so kann dies nur auf einer Verkennung der Natur des gemeinschaftlichen Eigenthums der Miterben beruhen. Dieses geht niemals über die bestimmte Erbquote hinaus. Es kann daher von einer „Realisirung des Erbschaftsanspruches" in Ansehung der ganzen Erbschaft keine Rede sein. Soll das Antheilsrecht des einzelnen Miterben in ein Recht auf das Ganze verwandelt werden, so läßt sich dies nur durch vertragsweise Erwerbung der übrigen Erbantheile herbeiführen. Und dieser Vertrag mit den durch eine Geldsumme abzufindenden Miterben stellt eben einen über einen bestimmten Erbschaftsantheil abgeschlossenen Erbschaftskauf dar. Ein solcher hat daher auch dieselben rechtlichen Wirkungen, wie der mit einem Fremden abgeschlossene, namentlich auch in Beziehung auf die Erbschaftsgläubiger und Legatarien. Die Eigenschaft des Käufers als Miterben kommt nicht in Betracht; denn nicht als ein durch das Gesetz oder den Willen des Erblassers berufener Erbe, sondern als Singularsuccessor seines Miterben überkommt er dessen Erbschaftsantheil.

Wer Erbschaften kaufen und verkaufen könne.

§ 451. «Wer eine Erbschaft selbst zu erwerben oder anzutreten nicht fähig ist, der kann dieselbe weder von einer auch fähigen Person kaufen, noch sie an eine dergleichen Person verkaufen.»

§ 452. «Die Fähigkeit des Erben zum Verkaufe wird nach der Zeit des Anfalls beurtheilt.»

§ 453. «Auch der, dem eine wirklich angefallene Erbschaft wegen seiner Unwürdigkeit wieder entrissen wird, kann dieselbe nicht gültig verkaufen.»

10. Ueber die erste Vorschrift bemerkt mit Recht Koch, Anleitung zur Preuß. Prozeßpraxis Th. I (Berlin 1860) S. 934[1]):

> Was man bei dieser Satzung im Sinne gehabt hat, ist unbekannt und auch nicht findbar. An eine allgemeine Erbunfähigkeit kann man nicht gedacht haben, weil es eine solche nicht gibt, sie fällt zusammen mit der Vermögens- und Erwerbsunfähigkeit, wie

[1]) Vergl. auch Motive der Gesetz-Revisoren Pensum XVI S. 51.

sie z. B. Personen, welche das Klostergelübde abgelegt haben, anhaftet. Die Satzung muß daher eine engere Beziehung haben, wenn man ihr Bedeutung soll beimessen können, und auf diese bestimmte Beziehung deutet das Fürwort „dieselbe." Darnach hat man sich eine bestimmte Erbschaft gedacht; die Bestimmung spricht somit von der Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit in Beziehung auf eine bestimmte Person. Der Inhalt der Satzung ist hiernach der: wer eine ihm angefallene bestimmte Erbschaft wegen der Unfähigkeit oder Unwürdigkeit in Beziehung auf den Erblasser nicht erwerben oder antreten kann, der kann dieselbe Erbschaft auch von demjenigen, dem solche nach ihm angefallen und erworben worden ist, nicht kaufen. Somit hat der Einwand nur ein sehr beschränktes Gebiet und ist überhaupt völlig unpraktisch und beim Kaufe unpassend.

Es ist bei der gedachten Vorschrift ganz übersehen, daß der Erbschaftskäufer in Wirklichkeit nicht Erbe, also Universal-Nachfolger des Erblassers wird, daß er nur vermöge obligatorischen Rechts an die Stelle des Erben tritt und als Singularsuccessor des Letzteren dessen Rechte und Pflichten überkommt.

Was unter einem Erbschaftskaufe begriffen sei, oder nicht.

§ 454. «Bei einem wirklichen Erbschaftskaufe tritt der Käufer in alle Rechte und Pflichten des Erben.»

§ 456. «Die Sache wird daher so genommen, als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer und nicht dem Verkäufer angefallen wäre.»

11. Die §§ 454—461 d. T. behandeln (in der Richtung auf den Gegenstand des Erbschaftskaufes) die obligatorischen Wirkungen desselben, deren im Allgemeinen schon oben zu Nr. 7 gedacht ist. Sie beruhen auf dem Prinzipe, daß der Zweck des Erbschaftskaufes dahin geht, den Käufer in die ganze erbrechtliche Stellung des Verkäufers eintreten zu lassen.

Ulp. l. 2 pr. D. h. t. (18, 4): . . . quum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset.

Id. l. 2 § 9 eod.: Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.[1])

[1]) Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden (Berlin 1853) S. 37: Der Erbschaftskäufer übernimmt mit der Erbschaft auch die Schulden des Erb-

§ 18 . . . sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere.

Pompon. l. 9 D. com. praed. (8, 4): Si . . . hereditatem tibi vendidi, . . . id agitur, ut quasi tu heres videaris extitisse.

Voet, com. ad P. XVIII, 4 nr. 1: . . . Vendita hereditate licet emtor heres non fiat, dum is, qui semel heres existit, non potest desiuere heres esse, vicem tamen heredis sustinet, ac proinde et lucrum omne et damnum hereditarium ad eum respicit, nisi quid nominatim exceptum fuerit . . .[1])

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Herzogthums Württemberg von 1610 Th. II Tit. IX: „. . . Nicht weniger mag auch eine jede Erbschafft verkaufft werden: In welchem Fall der Verkäuffer alles dasjenige, so ihme erblichen zugefallen (es sey Ligends, Fahrends, Schulden, Gerechtigkeiten, Forderungen und Ansprachen, nichts außgenommen) überlifern, oder volgen lassen muß . . ."

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. IV § 7 „. . . wie demnach 9no dieser (der Erbschaftskäufer) hierinfalls sowohl quoad Commoda als Incommoda in die Stelle des Verkäufers eintritt . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1278. „Der Käufer einer von dem Verkäufer angetretenen, oder ihm wenigstens angefallenen Erbschaft tritt nicht allein in die Rechte, sondern auch in die Verbindlichkeiten des Verkäufers als Erben ein, insoweit diese nicht bloß persönlich sind." [2])

---

lassers, ohne daß dies besonders gesagt zu werden braucht. Die Römer sagen nicht und können nicht sagen, der Erbschaftskäufer übernehme die Schulden; aber es wird auf einem Umwege dasselbe erreicht, daher der allgemeine Ausdruck: damnum respicit ad emtorem.

[1]) Arndts in Weiske's Rechtslexicon IV S. 24, 25: Durch eine Erbschaftsveräußerung kann derjenige, welcher einmal Erbe geworden, nicht von der Erbschaft sich lossagen und den andern Contrahenten zum eigentlichen Erben an seiner statt machen, und derjenige, welcher noch nicht Erbe geworden ist, überträgt durch die Veräußerung ebensowenig die Möglichkeit, selbst Erbe zu werden, auf den andern Contrahenten. Vielmehr entsteht daraus überall nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Veräußerer und dem andern Contrahenten, kraft dessen unter diesen rücksichtlich der Vortheile und Lasten der Erbschaft materiell dasselbe Resultat zu erzielen ist, als ob dieser und nicht jener der Erbe wäre . . .

[2]) Unger, System des österr. allgem. Privatr. I S. 571 Note 11: Weder das Recht Erbe zu sein, noch das Recht Erbe zu werden, kann an sich auf andere Personen übertragen werden: was andern Personen überlassen werden kann, ist lediglich die Ausübung und Geltendmachung der zufolge dieser Qualität uns zustehenden pecuniären Vortheile. Durch den Erbschaftskauf wird also der Käufer nicht etwa Erbe, er erwirbt nur die einzelnen Vermögensrechte und übernimmt die einzelnen Verbindlichkeiten, welche die vermögensrechtliche Peripherie des Verstorbenen bildeten: im Centrum des Vermögenskreises bleibt der eingesetzte Erbe stehen. Durch den Verkauf einer

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2372. „Hat der Erbe eine ihm angefallene Erbschaft oder einen ideellen Theil derselben veräußert, so gilt unter den Vertragschließenden der Erwerber als Erbe."

12. Wenn der Erbe während der Ueberlegungsfrist die ihm angefallene, aber noch nicht übernommene Erbschaft veräußert, so hat der Käufer bis zum Ablaufe jener Frist unbedenklich das Recht, die Erbschaft auszuschlagen. Denn er übt damit als procurator (in rem suam) nur ein Recht aus, welches dem Erben selbst zustand, vermöge des Erbschaftskaufes ist er aber nach § 454 d. T. „in alle Rechte des Erben" getreten. So wie daher der Erbe das ihm zugefallene Erbrecht in doppelter Weise ausüben kann: durch den Antritt der Erbschaft, oder durch ihre Ausschlagung[1]), so muß das Gleiche auch dem Käufer freistehen. Hierbei ist allerdings vorausgesetzt, daß man in dem Verkaufe der Erbschaft nicht schon von selbst eine Verfügung der im § 420 Tit. 9 bezeichneten Art zu erblicken hat, nämlich die stillschweigende Antretung der Erbschaft Seitens des veräußernden Erben. — So bestimmt der Code civil ausdrücklich:

art. 780. „La donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un des cohéritiers, soit à un étranger, soit à tous ses cohéritiers, soit à quelques-uns d'eux, emporte de sa part acceptation de la succession."[2])

---

erst angefallenen Erbschaft erhält der Käufer nicht etwa das Recht, statt des eingesetzten Erben Erbe zu werden, sondern durch die Erbschaftsantretung, welche der Eingesetzte in eigener Person oder durch Stellvertreter, also auch durch den Käufer der angefallenen Erbschaft vornehmen kann, wird die eingesetzte Person Erbe. Das österr. Gesetzbuch hält jedoch an diesen Begriffen nicht streng fest, sondern sieht in nicht zu billigender Weise auch den Käufer der Erbschaft als Erben an ...

[1]) Vergl. Köppen, System des heut. römischen Erbrechts S. 531 f. S. oben S. 73 Note 1.

[2]) Vergl. Delvincourt, Inst. de droit civ. franç. II. p. 50 not. 1: On ne donne, on ne vend, on ne transporte que ce dont on est proprietaire, et l'heritier ne peut être proprietaire de sa part, qu'autant qui'l a accepté.

Desgl. Marcadé, Abriß des Franz. Civilr. (ins Deutsche übertragen von A. Pfaff) I. S. 267 a. E.: Die stillschweigende Annahme liegt in allen Handlungen des Erben, aus denen seine Absicht erhellt, daß er sich als Herr der Güter der Erbschaft betrachte. Hiernach ist es klar, daß eine stillschweigende Annahme, eine Einmischung, in dem Verkaufe der Erbrechte Seitens eines Erbberechtigten liegt; und ebenso in der Schenkung, die er damit macht, denn eine Sache schenken, heißt darüber als Herr verfügen.

Dieſe Auffaſſung läßt ſich jedoch nicht rechtfertigen. Sie verkennt die oben entwickelte Natur des Erbſchaftskaufes und verwechſelt die unter den Kontrahenten dadurch bezweckte Veräußerung des Erbrechts ſelbſt mit der Veräußerung des Erbrechtsgegenſtandes. Der Erbe, welcher Erbſchaftsſachen veräußert, gibt dadurch die Abſicht zu erkennen, „ſich der Erbſchaft als wirklicher Erbe anmaßen zu wollen.“ [1]) Nicht ſo derjenige, welcher das ihm angefallene Erbrecht ſelbſt einem Dritten mittelſt des Erbſchaftskaufes überträgt.

Entſchlägt ſich nun der Käufer rechtzeitig der Erbſchaft, ſo bleibt gleichwohl, dem Verkäufer gegenüber, ſein obligatoriſches Verhältniß ungeändert, ſofern nicht in dem Kaufvertrage die Ausſchlagung der Erbſchaft Seitens des Käufers als auflöſende Bedingung des ganzen Kaufgeſchäfts feſtgeſetzt iſt. Es fällt nur die Verpflichtung weg, den Verkäufer gegen die Anſprüche der Erbſchaftsgläubiger und Legatarien zu vertreten. Denn dieſe können ſich in Folge der Erbſchaftsentſagung ſo wenig an den Verkäufer als an den Käufer der Erbſchaft halten. Die von dem Letzteren in Ausübung des ihm übertragenen Erbrechts erklärte Entſagung gilt auch für den Verkäufer, gleich einer von einem Spezialbevollmächtigten des Erben abgegebenen Erklärung. Dieſelbe macht daher eine nochmalige Erbſchaftsentſagung Seitens des Verkäufers unnöthig, eine Erbſchaftsantretung aber ſeinerſeits unmöglich.

13. Wie in Betreff der Erbſchaftsentſagung, ſo hat der Käufer auch in Betreff der Antretung der Erbſchaft ohne oder mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars alle Rechte des Erben auszuüben. Was er in dieſer Hinſicht thut oder zu thun verſäumt, iſt auch für das Verhältniß des Verkäufers zu den Erbſchaftsgläubigern und Legatarien maßgebend.[2])

Hat der Erbe noch vor dem Verkaufe die Rechtswohlthat des Inventars ſich gehörig gewahrt, ſo wird darin natürlich durch den Verkauf nichts geändert.[3])

---

[1]) Vergl. auch Baier. Landrecht Th. III Kap. 1 § 7. S. oben S. 142, 143.

[2]) Vergl. Oeſterr. bürgerl. Geſetzb. § 1282 „. . . Die Erbſchaftsantretung des Einen gilt auch für den Andern. Das Nähere hierüber unten zu Nr. 21.

[3]) Code annoté de Sirey (edit. par Gilbert Par. 1862) art. 780 nr. 1. 2. „L'héritier qui a déja accepté sous bénéfice d'inventaire, ne devient pas héritier pur et simple par cela seul qu'il vend des droits successifs: l'art. 780 est en ce cas inapplicable. — Merlin Quest. v° Heritier,

§ 455. «Selbst die Rechte und Pflichten des Erben in Ansehung der Person des Erblassers, und der zum Nachlasse gehörigen Sachen, bleiben, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, ungeändert.»

14. Ulp. l. 2 § 18 D. h. t. (18, 4): Quum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit. Sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere; et ideirco teneri venditori hereditatis . . .

Id. l. 2 § 19 eod.: Et si servitutes amisit heres institutus, adita hereditate ex vendito poterit experiri adversus emtorem, ut servitutes ei restituantur.

Javol. l. 45 D. de cond. ind. (12, 6): Si is, qui hereditatem vendidit, et emtori tradidit, id, quod sibi mortuus debuerat, non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum per condictionem recte recipietur.

Pompon. l. 9 D. com. praed. (8, 4): Si ei, cujus praedium mihi serviebat, heres exstiti, et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris extitisse.

African. l. 20 pr. D. h. t.: Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris, ac post debitori ejusdem heres existas, actione ex emto teneberis.

§ 1. Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, quum quis ipse creditori suo heres exstitit, et hereditatem vendidit.

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2378. „Forderungen, welche dem Erben an den Erblasser oder diesem an jenen zustanden, ingleichen Rechte, welche der Erbe an Sachen des Erblassers oder dieser an Sachen jenes hatte, gelten im Falle der Veräußerung der Erbschaft nicht als durch die Antretung derselben erloschen."

Code civ. art. 1698. „L'acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire." [1])

---

§ 2. Duranton t. 7 nr. 54. Duvergier, Vente, t. 2 nr. 341; Troplong eod. t. 2 nr. 974.

Surtout, si dans l'acte de cession il a déclaré qu'il agissait en qualité d'héritier bénéficiaire. En ce cas, la cession n'a d'autre effet que de mettre le cessionnaire au lieu et place du cédant. — 24. Mars 1827, Grenoble.

[1]) Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) § 539 Note 33.

§ 457. «Alles, was dem Erben, vermöge seines Erbrechts, würde zu Theil geworden sein, fällt dem Käufer des Erbrechts zu.»

15. Ulpian. l. 2 § 4 D. h. t.: Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emtori restituendum est; et non solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.[1])

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. 4 § 7: „. . . So viel aber den Verkauf einer dem Verkäufer bereits selbst angefallenen Erbschaft betrifft, ist Folgendes hierunter zu beobachten: 1mo muß der Verkäufer dem Käufer alle Sachen und Jura überlassen, welche zu der bereits Tempore Venditionis erlangten Erbschaft oder Portion derselben gehörig sind . . .“[2])

---

§ 458. «Auch künftige Erwerbungen, die dem Erben, vermöge des verkauften Erbrechts, durch den Ausfall etwaiger Miterben oder Legatarien zuwachsen, gehen auf den Käufer mit über.»

16. Diese Vorschrift erledigt eine gemeinrechtliche Controverse, über welche die Doctrin bis zum heutigen Tage zu einer Einigung nicht gelangt ist.[3])

Mühlenbruch a. a. O. sagt hierüber:

> Die Streitfrage, ob, wenn ein Miterbe seine Erbschaftsquote veräußert, der Käufer u. s. w. auch auf den accrescirenden Theil

---

[1]) Vergl. auch die zu Nr. 10 angeführten Pandektenstellen.

„Der Käufer erhält die Gesammtheit des erbschaftlichen Vermögens, so wie es der Erbe hat, oder ohne die Veräußerung gehabt haben würde, weshalb der Erbe auch Alles restituiren muß, was auf ihn, als solchen, aus irgend einem Grunde gekommen ist.“

Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-Rechts III. § 710.

[2]) Vergl. die übrigen zu Nr. 10 angeführten Gesetzesstellen.

[3]) Die ältere Literatur der Streitfrage s. bei Koch, Recht der Forderungen (2. Ausg.) III S. 811 Note 8.

Aus der neuern Literatur ist anzuführen:

Klüpfel, im Archiv für die civil. Praxis III. S. 140—144.

Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 43 S. 348—351.

Puchta, Vorles. II. S. 421, 422.

v. Vangerow, Pandekt. § 494 Anm. 6.

Mommsen, Erört. aus dem Obligationenrecht Heft 1 (Braunschweig 1859) S. 72 ff.

einen Anspruch habe, ist von Glück im Com. B. 16 S. 341 bis 367 ausführlich erörtert. Es wird daselbst die Frage verneint. Nun versteht sich freilich ganz von selbst, daß unmittelbar dem Käufer nichts anwachsen könne, denn der Erbe bleibt Erbe ungeachtet der Veräußerung. Es muß mithin die Frage so gestellt werden: ob nicht der Erbe genöthigt werden könne, mit seiner Erbschaftsquote auch den anwachsenden Theil dem Käufer herauszugeben. Zunächst kommt freilich Alles darauf an, wie der Contract lautet. Ist aber die Erbschaftsquote ohne weitere Beschränkung überlassen, so sprechen gewiß überwiegende Gründe dafür, dem Käufer ein Recht auf den accrescirenden Theil zuzugestehen. Denn jeder Miterbe ist eventuell auf das Ganze berufen und der anwachsende Theil tritt ipso jure dem andern hinzu. Wer also seinen Erbschaftstheil schlechthin einem Andern überläßt, hat dadurch zugleich auch über den anwachsenden Theil verfügt. Es folgt dies auch aus dem Grundsatz, den Ulpian in l. 2 pr. de her. v. act. vend. aufstellt: ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset . . .[1])

Richtiger erscheinen jedoch die Ausführungen Mommsen's[2]) a. a. O.:

Der heres ex parte ist natürlich nicht daran gebunden, bloß seinen Erbtheil zu verkaufen; er kann auch die ganze Erbschaft verkaufen. Ein solcher Kaufcontract ist an sich durchaus gültig; und wenn in dieser Weise der Contract abgeschlossen ist, so versteht es sich von selbst, daß der Verkäufer auch die ihm accrescirenden Theile herausgeben muß; ja er ist selbst dann, wenn ihm die übrigen Theile der Erbschaft nicht accresciren, zur Leistung derselben verbunden, ebenso wie derjenige, der eine fremde Sache verkauft

[1]) Für die gleiche Ansicht, jedoch unter Hinweisung auf die deutsch-rechtliche Natur des Erbschaftskaufes, spricht sich aus Schilter, Exerc. ad Pand. XXX § 68: Ex his jactis fundamentis et illa quaestio decisionem faciliorem capit, quae inter JCtos adhuc vertitur de portione hereditatis, quae post venditam hereditatem jure accrescendi obvenit, utrum ad venditorem, an ad emtorem pertineat? Etsi enim pro venditore facit ratio juris Romani, qui propterea non desinit esse heres, nec perdit jus hereditarium directum, a quo jus accrescendi dependet, licet vendiderit hereditatis portionem antea acquisitam. At usu fori Germanici semper id agitur, ut universum jus transeat ad emtorem, et omni spei et juri, quo etiam accrescendi jus continetur, renunciari moris est. Igitur quia jus, in quo radicatur jus accrescendi, alienatum est in emtorem, consequens est, non venditori, sed emtori acquiri. Quam etiam sententiam alias, quanquam ex aliis principiis defendunt Duarenus, Robertus, Wisenbachius, Perez, Mantica, alii.

[2]) Ihm tritt auch bei Lang in seiner Kritik des Bayerschen Gesetzentwurfes Heft 2 S. 166, 167. Unger, das österr. Erbrecht S. 225 Note 7.

hat, zur Leistung derselben verpflichtet ist. Von diesem Fall kann aber hier natürlich nicht die Rede sein, sondern nur von dem Fall, wenn der Verkäufer sich darauf beschränkt hat, den ihm zukommenden Erbtheil zu verkaufen.

In dem letzteren Fall kann der Kaufcontract ganz allgemein auf den Erbtheil des Verkäufers lauten, ohne nähere Angabe der Größe desselben, oder es kann die Größe des Erbtheils ausdrücklich im Contract angegeben sein. Nach der Ansicht, die ich für die richtige halte, und die dahin geht, daß dem Käufer nicht ohne Weiteres ein Anspruch auf die accrescirende Erbportion eingeräumt ist, kann im Allgemeinen auf den eben erwähnten Unterschied nichts ankommen. Dasselbe müssen aber auch die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht annehmen, vorausgesetzt, daß sie nicht einer Inconsequenz sich schuldig machen wollen. Denn ist die accrescirende Portion wirklich ein integrirender Theil oder ein commodum der ursprünglichen Portion, so ist sie es doch offenbar auch dann, wenn die Größe der Portion angegeben ist. Und ferner sehe ich auch nicht ein, wie man, wenn man von der eben erwähnten Ansicht ausgeht, in der näheren Bezeichnung der Quote eine besondere Vereinbarung darüber, daß der accrescirende Theil nicht dem Käufer zu Gute kommen soll, finden kann. Man müßte sonst annehmen, daß beim Verkauf eines Grundstücks, dessen Gränzen im Contracte genau bezeichnet sind, das später angeschwemmte Land und die im Gränzfluß entstandene Insel nicht an den Käufer herauszugeben seien, und daß der Miteigenthümer, welcher den ausdrücklichen Worten des Contracts zufolge seine Hälfte verkauft hat, den Theil des andern Miteigenthümers, den er durch adjudicatio später erworben hat, nie herauszugeben habe.

Es fragt sich nun, ob der Verkäufer, der den ihm zustehenden Erbtheil verkauft hat, verpflichtet ist, den später ihm accrescirenden Erbtheil an den Käufer herauszugeben.

Wenn nun das Erbrecht des Verkäufers den Gegenstand des Kaufcontracts bildete, so würde allerdings der accrescirende Theil als commodum dem Käufer zufallen; dies würde anzunehmen sein, obgleich man die accrescirende Portion nicht als einen integrirenden Theil der ursprünglichen Erbportion ansehen kann. In der That ist aber der Gegenstand des Kaufcontracts nicht das Erbrecht, sondern nur dasjenige, was an einzelnen Sachen u. s. w. zu dem Erbtheil des Verkäufers gehört; und zwar wird, um den unmittelbaren Gegenstand des Contracts festzustellen, derjenige Zustand zu Grunde gelegt, in welchem die Erbschaft ohne dolus des Verkäufers zur Zeit der Abschließung des Contracts sich befindet. Das commodum, welches nun von dem Zeitpunkte der Abschließung des Contracts an zu dem so festgestellten Gegenstande hinzutritt, an Früchten u. s. w., muß der Verkäufer nach den Regeln, die über das commodum beim Kaufcontract gelten, leisten. Dazu kann man aber offenbar die accrescirende Portion nicht rechnen.

Dies geht aufs Klarste daraus hervor, daß selbst dann, wenn der Accrescenzfall eintritt, nachdem der Verkäufer Alles geleistet hat, wozu er nach dem unmittelbaren Inhalt des Contracts verpflichtet war, der vacant gewordene Erbtheil nicht dem Käufer accrescirt, sondern dem Verkäufer als Erben. Eben daraus ergiebt es sich auch, daß die Analogie der Entscheidung in L. 7 § 13 D. comm. div. (10, 3) und L. 13 § 17 D. de act. emti (19, 1) hier ganz unzutreffend ist.

Der Käufer kann also den accrescirenden Theil als ein commodum des ihm verkauften Erbtheils nie verlangen; er kann ihn nur dann verlangen, wenn der Kaufcontract seinem unmittelbaren Inhalte nach schon auf den accrescirenden Erbtheil, wenigstens eventuell mit gerichtet war; wie z. B. dann, wenn der Verkäufer ihm Alles verkauft hat, was er aus der Erbschaft erhalten würde. Dies kann aber, wenn der Verkäufer schlechthin nur seinen Erbtheil verkauft hat, ohne daß etwas weiter hinzugefügt ist, nicht leicht angenommen werden. In der Regel werden beide Theile, Verkäufer und Käufer hier nur die gegenwärtig schon von dem Verkäufer erworbene Erbschaftsquote vor Augen gehabt, und mit Beziehung darauf den Preis festgestellt haben.

Hiermit steht auch die L. 2 pr. D. de hered. vend. (18, 4) nicht im Widerspruch . . .

Auch das Baiersche Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. 4 § 7 Nr. 8 schreibt vor:

„. . . Was nur mit Gelegenheit der Erbschaft erlangt worden, wie auch die erst nach dem Verkaufe Jure accrescendi zugegangenen Erbs-Portionen, oder was sonst in dem Contracte ausgenommen ist, das ist der Verkäufer dem Käufer zu überlassen nicht schuldig.“[1])

Neuere Gesetzgebungen haben dagegen unsere landrechtliche Vorschrift aufgenommen.[2])

---

[1]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: Obwohl Jure communi noch darüber gestritten, und von Vielen dafür gehalten wird, daß auch die dem Verkäufer erst nach dem Verkauf Jure accresc. zugegangene Erbs-Portiones dem Käufer überlassen werden müßten (Menke, diss. de jure accrescendi vendita hereditate ad emtorem pertinente), so gehet doch unser Codex nr. 8 et communior opinio in contrarium, weil Contrahentes auf dergleichen nova emergentia, welche sich erst post Contractum ergeben, vermuthlich nicht gedacht haben.

[2]) Der Code Napoléon entbehrt jeder Bestimmung über den fraglichen Punkt. In Betreff der französischen Jurisprudenz ist zu verweisen auf:

Thilo, die Controversen des französ. Civilrechts S. 212 f. S. 572.

Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts (5. Aufl.) II. § 359 zu II.

Marcadé, Abriß des Französ. Civilr. (ins Deutsche übertragen von A. Pfaff) II. 329. Letzterer sagt: . . . Nach diesem so einfachen Grundsatze

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1279. „. . . Dagegen erhält der Erbschaftskäufer Alles, was der Erbschaft selbst zuwächst, es sey durch den Abgang eines Legatars, oder eines Miterben, oder auf was immer für eine andere Art, insoweit der Verkäufer darauf Anspruch gehabt hätte.“ [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2373. „Hat ein Erbe, welchem eine Erbschaft nach einem ideellen Theile angefallen ist, seinen Erbtheil veräußert, so erstreckt sich die Veräußerung im Zweifel auf das, was ihm durch Anwachsungsrecht zufällt.“ [2])

(daß der Käufer den ganzen Vortheil der Erbschaft zu beziehen hat) gehört dem Käufer auch der Theil der Erbschaft, welcher dem Verkäufer durch Zuwachs anfällt. Das ist offenbar, weil der Zuwachs nur eine Darlegung und ein Theil des Rechts auf die Erbschaft ist. Hatte jedoch der Erbe im einzelnen Falle nur den Theil verkauft, der ihm wirklich, oder seiner Meinung nach, angefallen war, während er die Eventualität eines Zuwachses vorbehielt, dann gehört dieser Zuwachs ihm; aber er gehört ihm nicht, wenn weder eine Einschränkung noch ein Vorbehalt gemacht ist.

[1]) Unger a. a. O. erinnert mit Recht gegen diese Bestimmung, daß die Parteien in der Regel nur die gegenwärtig schon von dem Verkäufer erworbene Erbschaftsquote vor Augen gehabt und mit Beziehung darauf den Preis festgestellt haben werden, indem sie ohne besondere Hervorhebung gewiß nicht ein aus ordentlichem und Hoffnungskauf gemischtes Geschäft schließen wollten, und daß durch die hier bekämpfte Auslegung oder vielmehr Hineinlegung bald der einen bald der andern ahnungslosen Partei Unrecht geschehen wird.

[2]) Dagegen enthält der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Großherz. Hessen Buch II (Darmstadt 1853) die Bestimmung Art. 38. „. . . Auf das, was dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Erbschaftsverkaufs vermöge Anwachsungsrechts angefallen ist, hat der Käufer keinen Anspruch. — Dagegen fallen dem Käufer alle Vortheile zu, welche aus dem Verfalle eines Vermächtnisses oder einer Anwartschaft dem Verkäufer, als Erben zu Statten gekommen wären.“

Die gleiche Vorschrift, fast wörtlich wiederholt, findet sich in dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das K. Bayern (München 1861) Th. II Buch II Art. 344. — In den Motiven (S. 139) wird dazu bemerkt: Fällt dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Vertrages ein weiterer Theil des Nachlasses vermöge des Anwachsungsrechtes zu, so kann ebenfalls nicht angenommen werden, daß sich die Uebertragung auch hierauf habe erstrecken sollen. Anders verhält es sich mit den Vortheilen, welche dem Verkäufer aus dem Wegfalle eines Vermächtnisses oder einer Anwartschaft zu Statten gekommen wären. Es liegt darin bloß eine Entlastung der übertragenen Erbschaft, welche dem Käufer zu Gute kommen muß.

§ 459. «Dagegen sind die Rechte, welche dem Verkäufer, vermöge einer Pupillar- oder fideicommissarischen Substitution auf einen Theil des Nachlasses, welcher schon an einen Anderen gediehen ist, zustehen, unter dem Erbschaftskaufe nicht mitbegriffen.»

§ 460. «Ein Gleiches gilt von Vermächtnissen, welche einem der Erben zum Voraus verschafft, oder was demselben durch eine Schenkung von Todeswegen zugewendet worden.»

§ 461. «Ebenso sind Sachen und Rechte, welche dem Verkäufer nicht von dem Erblasser, sondern nur durch denselben und mittelst seines Ablebens zufallen, im zweifelhaften Falle für mitverkauft nicht zu achten.»

17. Ulp. l. 2 § 2 D. h. t. (18, 4): Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendidit hereditatem, pervenit, ex emto actioni locum faciat? Et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est; licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. Plane si hoc actum sit, dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si jam delata impuberis hereditate venierit hereditas.

Labeo l. 24 eod.: Hereditatem Cornelii vendidisti. Deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emtore perciperet, te fecit heredem. Recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emtor,[1]) nec quidquam intersit, utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an legatario.[2])

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. 4 § 7: 8vo Was zur Erbschaft gar nicht gehört, z. E. Legata, Fideicommissa particularia, oder was nur mit Gelegenheit der Erbschaft

---

[1]) van Binkershoek, Obs. jur. Rom. Lib. VI cap. VI: ... Ratio ejus juris manifesta est, nam sicut ad emtorem transeunt onera hereditatis, sic et transit onus legati praestandi ... Qui vendidit hereditatem, majoris vendidisset, si Attio legatum non fuisset, nunc minoris vendidit, propter hanc hereditatis delibationem, rationis igitur est, ut Attio, vel quod tantundem est, ejus heredi id legatum praestetur ...

[2]) Ueber die Schlußworte vergl. van Binkershoek l. c., welcher die Emendation vorschlägt: „utrum Attio ... pecunia debita sit, an legata legatario," so daß der Sinn sei: nihil referre, utrum Attio, ut creditori, ex credito pecunia debeatur, an, ut legatario, ex legato.

Ant. Faber will dagegen statt „legatario" lesen: „alii legatario."

erlangt worden . . . das ist der Verkäufer dem Käufer zu überlassen nicht schuldig . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1279. „Auf Sachen, die dem Verkäufer nicht als Erben, sondern aus einem andern Grunde, z. B. als Vorausvermächtniß, als Fideicommiß, als Substitution, als Schuldforderung aus der Verlassenschaft gebühren, und ihm auch ohne Erbrecht gebührt hätten, hat der Erbschaftskäufer keinen Anspruch . . ."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2374. „Was der Veräußerer außer seinem Erbtheile aus der Erbschaft, insbesondere als Vermächtnißnehmer oder Anwärter, bekommt, gilt im Zweifel nicht als mit veräußert." [1])

18. Die Vorschrift des § 459 in Betreff der „fideicommissarischen Substitution" kann, sofern es sich um ein Universal-Fideicommiß handelt, durch das, was dafür angeführt worden, nicht für gerechtfertigt erachtet werden.

Die Gesetz-Revisoren (Pensum XVI S. 55, 56) sprechen sich hierüber dahin aus:

> Suarez bemerkte, bei der fideicommissarischen Substitution sei es zweifelhafter, ob sie dem Käufer zukomme. Er nahm dies jedoch nicht an, weil der Verkäufer hier eigentlich nicht den Erblasser, sondern den, cui substitutus est, beerbe. Der gebrauchte Ausdruck ist nun zwar nicht richtig; denn der Fideicommissar ist nicht Erbe des Fiduciars, der bei dem Eintritte des Substitutionsfalles noch leben kann. Aber wenn das Fideicommiß ein particulare ist, so ist es einem Legat gleich zu achten; ist es aber ein universale, so bekommt es der Verkäufer doch nicht als Erbe; denn dies ist der Fiduciar und dieser bleibt solches auch nach der Restitution. In Hinsicht der fideicommissarischen Substitution ist also die Bestimmung des A. L. R. vollkommen richtig.
>
> Bei einer gemeinen Substitution eines Miterben würde das, was der substituirte Verkäufer erhält, entweder einem gewöhnlichen Zuwachs wegen Ausfalles eines Erben oder einem nur unter einer schon existirenden Bedingung zugewandten Erbtheile gleichzustellen sein; auch würde es keinen Unterschied machen, wenn zwar im Testamente eine fideic. Substitution angeordnet wäre, diese aber als eine gemeine angesehen werden müßte, weil der Fiduciar den Erbanfall nicht erlebt hätte.

Diesen Ausführungen, denen auch Koch in seinem Kommentar zu § 459 d. T. vollständig beitritt, läßt sich jedoch entgegenhalten, daß der Irrthum in Suarez's Auffassung nicht darin liegt, daß er von einer Beerbung Seitens des (Universal-) Fideicommissars spricht, sondern

[1]) Uebereinstimmend mit dem Großh. Hessischen Entw. Buch II Art. 38, desgl. mit dem Baierschen Entwurf Th. II Buch II Art. 344.

allein darin, daß er den Fiduciar, und nicht den Stifter des Fideicommiſſes als den Beerbten anſieht. Nach den Grundſätzen unſeres Rechts iſt der Fideicommiſſar in der That wirklicher Erbe, gleich dem Fiduciar; denn die fideicommiſſariſche Subſtitution iſt in ihrem Begriffe nach die Berufung ſucceſſiver Erben.[1])

Gleichwohl iſt nicht jene Vorſchrift ſelbſt, ſondern nur ihre Inconſequenz im Vergleiche zu der oben beſprochenen Beſtimmung des § 458 zu tadeln. Ließe man die letztere fallen, ſo wäre damit von ſelbſt der durchaus richtige Satz gegeben, daß auch der dem Verkäufer vermöge einer fideicommiſſariſchen Subſtitution zufallende Theil des Nachlaſſes auf den Käufer nicht übergeht.

Verhältniſſe in Anſehung der Legatarien, Gläubiger und Schuldner.

§ 462. «Das Recht der Erbſchaftsgläubiger und Legatarien wird durch den Verkauf der Erbſchaft nicht geändert.»

§ 463. «Es ſteht denſelben frei, ſich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbſchaft, oder an den Erben ſelbſt zu halten.»

19. Der im § 462 an die Spitze geſtellte Satz[2]) galt im römiſchen Recht in ſeiner ganzen Reinheit. Der Verkäufer der Erbſchaft bleibt dritten Perſonen gegenüber Erbe und als ſolcher den Erbſchaftsgläubigern und Legatarien allein verhaftet. Dieſes Rechtsverhältniß wird durch die Veräußerung der Erbſchaft ſo wenig berührt, daß die Gläubiger und Legatarien gar nicht einmal die Befugniß haben, ſich an den Erwerber wider deſſen Willen zu halten.[3])

---

[1]) Die Ausführung dieſes Rechtsſatzes gehört nicht hierher, ſondern in die Lehre von der fideicommiſſariſchen Subſtitution.

Für jetzt kann auf die Abhandlung Wienſtein's in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" VIII. S. 305 ff. verwieſen werden.

[2]) Derſelbe findet ſich auch im Oeſterr. bürgerl. Geſetzbuche § 1282 „. . . Ihre (der Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer) Rechte, ſo wie jene der Erbſchaftsſchuldner werden durch den Verkauf der Erbſchaft nicht geändert."

[3]) Vergl. Glück, Comm. XVI. S. 374 ff.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena von 1845: Daß der Käufer einer Erbſchaft nicht verbunden iſt, auf die Klagen der Erbſchaftsgläubiger ſich

L. 2 C. h. t. (4, 39): Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine . . . Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.

L. 2 C. de legat. (6, 37): Quamvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt: et quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emtore vel fidejussoribus ejus petere poterit.[1])

Codex Fabrian. Lib. VIII tit. 36 def. 4: . . . invitus emtor hereditatis respondere creditoribus non cogitur, nec si convenerit, ut iis satisfaciat. Non igitur ipso jure obligatus videri potest. Et tamen si creditoribus contra se agentibus ultro consentiat, receptum est, ut non male illi egisse videantur, non quod actionem illi habeant (quanquam dici solet neminem sine actione experiri posse), sed quia cum obligatus ille sit venditori, ut creditoribus satisfaciat, ejus intersit vitare circuitum, cum tanto dispendiosius ei futurum sit, si heres ipse, qui donavit aut vendidit, primo loco conveniatur, mox adversus emtorem ipsum pro sua indemnitate regressum habiturus . . . Ita Senatus Sabaudiae Mart. 1593.

Der in der zuletzt gedachten Entſcheidung aufgeſtellte Geſichtspunkt führte jedoch ſchon die ältere Praxis dahin, von den ſtrengen Grundſätzen des römiſchen Rechts abzuweichen und den Erbſchaftsgläubigern und Legatarien den Weg zur unmittelbaren Belangung des Erbſchaftskäufers zu eröffnen und denſelben mehr und mehr zu ebnen.

---

einzulaſſen, iſt beſtimmt in der l. 2 C. IV. 39 ausgeſprochen. Auch beruht jener Satz nicht, wie z. B. die Stipulation, auf einer bloßen Förmlichkeit, die in Deutſchland keinen Eingang gefunden, ſondern auf dem Grundſatze, daß Forderung und Schuldigkeit auf das genaueſte mit der Perſon des Verpflichtenden und Verpflichteten zuſammenhängen . . . Zwar iſt der Vertrag, wodurch Jemand die Schuld eines Andern übernimmt, inſofern gültig, daß der Letztere gegen Jenen auf Erfüllung klagen kann: § 20 J. III. 20. Daraus folgt aber für den Gläubiger nichts. So wenig der Gläubiger an den zwiſchen dem Schuldner und deſſen Schuldner eingegangenen Vertrag gebunden iſt, ebenſowenig kann er, ohne daß er bei deſſen Eingehung als Mitcontrahent concurrirt hat, von dem Uebernehmer der Schuld verlangen, daß derſelbe ſein dem andern Contrahenten gegebenes Verſprechen erfüllt, noch auch die Wiederaufhebung des Vertrags hindern.

Emminghaus, Pandekten des gem. Sächſ. Rechts S. 541 Nr. 8.

[1]) Nur der Fiskus hatte das beſondere Privilegium, durch den Verkauf einer Erbſchaft die darauf haftenden Laſten und Schulden von ſich ab- und auf den Käufer zu wälzen. L. 1 C. h. t. (4, 39), l. 41 D. de jure fisci (49, 14).

Vergl. Arndts in der Zeitſchrift für Civilr. und Proc. XIX S. 1—40 und in Weiske's Rechtslex. IV. S. 26.

Die ersten Versuche dazu, wie man sie schon in der oben mitgetheilten Entscheidung findet,[1]) knüpften zwar immer noch an das römische Recht an; aber die spätere Praxis sagte sich immer entschiedener von diesem los und ging ihren eigenen Weg.[2])

Voet, com. ad P. XVIII, 4 nr. 6: . . . emtor a creditoribus hereditariis recta via invitus conveniri nequit, quod tamen nostris moribus mutatum esse, et creditoribus in emtorem actiones oportere dari, maxime si venditor solvendo non sit, censet Christinaeus Vol. 6 dec. 67 nr. 4 sqq., Groenewegen ad l. 2 C. h. t. et ad l. 28 D. de donat. Invitos sane creditores hereditarios ad id constringi, ut emtorem conveniant, iniquum foret, quippe quibus jus agendi adversus venditorem, veluti ex aditione heredem, conventione privata emtoris ac venditoris adimi non potuit aut immutari . . .

Mevii Decis. II. 296: . . . ex contractu singulari, etsi super universitate bonorum, non nascitur creditoribus seu alii actio, ideoque nec emtor a creditoribus hereditariis conveniri potest, nec iis, nisi volens, respondere tenetur, sed habet contra eos exceptionem non competentis actionis, quousque venditor, qui obnoxius manet et con-

---

[1]) Vergl. auch Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. III tit. IV def. 3.

[2]) Vergl. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden (Berlin 1853) S. 81, 82.

So lehrt Beseler, System des gemeinen deutschen Privatr. II § 118 S. 280 f.: . . . Nicht bloß in Forderungen, sondern auch in Schulden kann succedirt werden; das geschieht durch die Ueberuahme fremder Schulden, und zwar sowohl in Folge eines allgemeinen, den Uebergang des Aktiv- und Passivvermögens bewirkenden Rechtsgeschäfts, . . . als auch durch die unmittelbar darauf gerichtete Vereinbarung . . . Abgesehen von dem Fall der erfolgten Zahlung, bleibt der ursprüngliche Schuldner noch so lange verhaftet, bis der Gläubiger zu dem Geschäfte der Uebernahme hinzutritt und durch die Anerkenntniß (Agnition) des Uebernehmers als seines neuen Schuldners den früheren befreit. Dieß war nach römischem Rechte nur in der Art möglich, daß die alte Obligation aufgehoben und an deren Stelle eine neue mit einem neuen Schuldner gesetzt wurde. Nach heutigem Rechte bedarf es dieses Umweges nicht, indem man die Obligation fortbestehen lassen und nur einen Wechsel in der Person des Schuldners vornehmen kann. Die Anerkenntniß begründet daher auch in diesem Falle keine neue Obligation; sie kann aber ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, und zwar ist Letzteres namentlich dann anzunehmen, wenn der Gläubiger den Uebernehmer auf Zahlung belangt. Die unter den Practikern viel erwogene Frage, wie dem Gläubiger eine Klage gegen den Uebernehmer zu verschaffen sei, löst sich nach dieser Auffassung in einfacher, dem Wesen des Verhältnisses und der Absicht der Betheiligten entsprechender Weise.

Desgl. auch Förster, Theorie und Praxis des heutigen gem. preuß. Privatrechts I (1865) S. 658, welcher in dem Erbschaftskaufe eine Schuldübernahme findet.

veniendus est, solvendo erit, cui regressus est adversus emtorem. Quodsi vero ille facultatibus lapsus faciet, ut inanis sit actio, per aequitatem creditoribus contra emtorem subvenitur. Attamen non nisi excussione ejus praevia, de qua emtor excipiendi seu, ut discutiantur prius ejus bona, petendi jus habet.[1])

Hellfeld, Jurispr. for. § 1015. Conventiones tertium nec obligant, nec illi jus tribuunt. Hinc intuitu tertii venditor hereditatis omnia jura et obligationes heredis retinet ... Porro quoque legatarii, fideicommissarii, creditores defuncti, omnesque alii, quibus ex defuncti facto actio competit, heredem, vendita licet hereditate, salvo venditoris contra emtorem regressu, convenire queunt. Quibus tamen contra emtorem actio non denegatur utilis, quae etiam emtori contra hereditatis possessorem et debitores hereditarios competit.

Hofacker, Princ. jur. civ. III § 1942: Quum per emtionem hereditatis non commoda solum sed et incommoda ad emtorem transeant, sequitur hunc creditoribus hereditariis satisfacere, ubi hi cum emtore experiri malint ...

Gottschalk, Discept. for. Tom. II cap. V pag. 52: ... ea in re juris romani nullum amplius esse usum, sed remotis ambagibus creditores ... adversus emtorem hereditatis agere posse.

v. Hartitzſch, Entſcheid. pract. Rechtsfragen Nr. 167: Vermächtnißnehmer und Gläubiger können den Erben, obgleich er die Erbſchaft verkauft und dem Käufer ausgeantwortet hat, wegen ihrer Befriedigung belangen; ja ſie müſſen es ſogar thun, wenn der Käufer auf die gegen ihn erhobene Klage ſich nicht freiwillig einläßt, was er ſelbſt in dem Falle nicht zu thun verbunden, wenn zwiſchen ihm und dem Verkäufer die ausdrückliche Uebereinkunft getroffen worden, er ſolle die Erbſchaftsgläubiger befriedigen. — Allein da der letztgedachte Grundſatz des röm. Rechts offenbar wiederum aus einem andern und zwar aus dem abgeleitet iſt, daß ein Dritter, welcher den Vertrag nicht mitgeſchloſſen, noch Erbe eines der Paciscenten geworden iſt, kein Recht aus dem Vertrage erlangt, wenn auch dieſer zu ſeinen Gunſten abgeſchloſſen worden wäre, der letztere Grundſatz aber durch den conſtanten Gerichtsgebrauch ſchon längſt außer Anwendung gekommen, ſo folgt daraus, daß es heutzutage der im röm. Rechte begründeten Umſchweiſe nicht mehr bedarf, ſondern die Vermächtnißnehmer und Gläubiger gegen den Käufer der Erbſchaft, der mittelſt eines mit dem Verkäufer abgeſchloſſenen Vertrags die Befriedigung derſelben übernommen hat, ebenſo als gegen den Verkäufer zu klagen berechtigt ſind.[2])

---

[1]) Delbrück a. a. O. bezeichnet die Beſchränkung der Klage gegen den Erbſchaftskäufer auf den Fall der Inſolvenz des Verkäufers als „eine Halbheit, die weder dem römiſchen, noch dem deutſchem Rechte entſpricht und lediglich auf Unſicherheit beruht."

[2]) Vergl. dagegen das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena vom 20. März 1845 (Seuffert, Archiv VII Nr. 22), welches die fortdauernde Anwendbarkeit der römiſch-rechtlichen Grundſätze vertheidigt und die ſeit dem Ende des

Bluntschli, Erläuterungen zum privatr. Gesetzbuche für den Kanton Zürich (Zürich 1856) IV S. 194: . . . Gegenüber den Erbschaftsgläubigern kann sich der Verkäufer nicht seiner Verbindlichkeit entziehen, noch einen andern Schuldner gegen ihren Willen an seine Stelle setzen; aber der Käufer ist hinwieder durch jene Uebernahme gebunden, für den Verkäufer zu zahlen, und es ist daher einfacher den Gläubigern auch eine directe Klage gegen ihn zuzugestehen, als dieselben anzuweisen, vorerst den eigentlichen Erben und mittelbar durch diesen den Käufer zu belangen. Letzterem stehen indessen alle Einreden zu, die der Erbe gegen die Gläubiger besitzt.

Diese in der Rechtspraxis zur Geltung gelangte Ansicht hat auch in der älteren wie in der neueren Gesetzgebung ihren Ausdruck gefunden. [1])

---

17. Jahrhundert bei mehreren, namentlich k. sächsischen Dikasterien zur Geltung gelangte gegentheilige Meinung nicht als einen, die Kraft eines Gewohnheitsrechts habenden Gerichtsgebrauch anerkennen will.

[1]) Es ist dies auch die herrschende Ansicht in der Franz. Jurisprudenz.

Thibaut, Lehrb. des franz. Civilr. § 233: In Betreff der Frage, ob nach franz. Recht die Creditoren auch den Käufer wegen der Schulden belangen können, ist zu unterscheiden: A. Der Cedent der Erbschaft bleibt natürlich den Gläubigern verhaftet, weil es keine einseitige Cession der Schulden gibt. B. Der Cessionar ist auf allen Fall dem Cedenten persönlich verhaftet, pro rata seines Erwerbes die Schulden mit zu bezahlen. C. Allein können die Creditoren insoweit auch direct gegen den Erwerber der Erbschaft klagen? Dies bejaht man fast allgemein (Brauer, Erläut. Th. V S. 286; Riffé-Caubray, Pand. franç. T. VII p. 336—339); und Manche gehen hier sogar soweit, daß sie behaupten, der Käufer könne direct selbst ultra vires hereditatis belangt werden, auch wenn der Verkäufer sub beneficio inventarii angetreten habe. Das Letzte ist nun wohl gegen alle Principien der Cession, die Hauptidee läßt sich aber nach dem Systeme des Code retten. Denn eine Erbschaft ist aus activis und passivis zusammengesetzt; cedirt nun A seine Erbschaft an B, so liegt darin implicite das Versprechen, die Schulden zahlen zu wollen, also auch ein Versprechen zum Vortheil der Creditoren, woraus diese klagen können, die Veräußerung der Erbschaft mag schenkungsweise oder onerose geschehen sein.

Marcadé, Abriß des Franz. Civilrechts (in's Deutsche übertragen von A. Pfaff) B. II (Heidelb. 1865) S. 329, 330: Nur unter den Vertragspersonen entbindet der Verkauf einer Erbschaft den Erben von der Zahlung der Schulden; und den Erbschaftsgläubigern bleibt es freigestellt, auf ihn wie vor dem Verkaufe zu greifen. Sie können zwar auch den Käufer belangen, dies geschieht aber nur jure debitoris, im Namen des Erben und mittelst der Klage, welche der Vertrag diesem gibt.

Code annoté de Sirey (edit. par Gilbert. Paris 1862) p. 811 n. 11: Les créanciers ou légataires conservent leurs droits contre l'héritier; mais ils peuvent aussi agir directement contre le cessionnaire. — Duvergier, nr. 348; Troplong, nr. 979, 980; Duranton. t. 16 nr. 525.

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Hertzogthums Württemberg von 1610 Th. II Tit. IX „. . . Es iſt aber dieſer Kauff (einer Erbſchaft) den Gläubigern und Schuldtherrn ohnnachtheilig: Dann ſie mögen nichts deſtoweniger ſo wol den Erben, als den Käuffer ihrer habenden Forderung halber beklagen."

Baieriſches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. 4 § 7 „. . . wie demnach 9no dieſer (der Erbſchaftskäufer) hierinfalls ſowohl quoad Commoda als Incommoda in die Stelle des Verkäufers eintritt, ſo hat er nicht nur in Activis vollkommenes Jus agendi, ſondern es ſtehet auch nach heutigem Gebrauche den Creditoren, Häreditarien, Legatarien, Fideicommiſſarien frey, ob ſie den Käufer oder Verkäufer der Erbſchaft um ihre Forderungen belangen wollen . . ." [1])

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 1282. „Die Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer aber können ſich ihrer Befriedigung wegen ſowohl an den Käufer der Erbſchaft, als an den Erben ſelbſt halten . . ." [2])

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2280. „Rückſichtlich der Erbſchaftsſchulden, Vermächtniſſe und Anwartſchaften haftet der Erwerber, ſowohl dem Veräußerer, als auch den Berechtigten gegenüber, nach den Vorſchriften über die Schuldübernahme."

Entwurf eines bürgerl. Geſetzb. für das K. Bayern (München 1861) Th. II Buch II Art. 350. „Erbſchaftsgläubiger, Vermächtnißnehmer und Schenknehmer von Todeswegen ſind befugt, ihre Anſprüche entweder gegen den Erben oder gegen den Erbſchaftskäufer geltend zu machen . . ." [3])

---

[1]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: Der Paſſiv-Schulden halber können Creditores hereditarii, worunter auch Legatarii und Fideicommissarii zu zehlen ſeynd, nach Röm. Recht den Käufer directe nicht conveniren, ſondern ſie haben ſich vielmehr an den Verkäufer als Erben zu halten, welcher ihnen non obstante venditione Red und Antwort hierum geben muß, wenngleich zwiſchen ihm und dem Käufer ein anderes abgemacht worden . . . Nach heutigem Recht und Gebrauch aber haben ſie die Wahl, ob der Käufer oder Verkäufer von ihnen belangt werden wolle.

[2]) Vergl. Unger, Syſt. des öſterr. Privatr. I. S. 571 Note 11.

[3]) In den Motiven (S. 140) wird geſagt: . . . Ein ganz anderes iſt das Verhältniß der Erbſchaftsgläubiger, Legatare und Schenknehmer von Todeswegen. Der Erbſchaftsverkäufer iſt durch die Annahme der ihm angefallenen Erbſchaft ihr Schuldner geworden . . . Nach dem Grundſatze: debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest kann ſich der Erbe der einmal beſtehenden Verbindlichkeit nicht einſeitig entziehen; will ſich daher der Gläubiger an ihn wenden, ſo muß ihm dieſes unbenommen bleiben. Er kann ſich aber auch dem zwiſchen dem Erben und dem Käufer paktirten paſſiven Rechtsübergange anſchließen und ſeine Befriedigung von dem letzteren verlangen. Es treten im ſolchen Falle die Grundſätze ein, welche über die Schuldübernahme im Allgemeinen aufgeſtellt ſind.

Der Großh. Heſſiſche Entwurf Buch II (Darmſtadt 1853) Art. 44 hält dagegen an den Grundſätzen des römiſchen Rechts feſt. In den Motiven

20. Wenn ein Alleinerbe einen ideellen Theil der Erbschaft einem Dritten verkauft, so ist er natürlich den Erbschaftsgläubigern und Legatarien nach wie vor auf das Ganze verhaftet, während unter den Kontrahenten dasselbe Rechtsverhältniß eintritt, wie es unter Miterben in Ansehung der Erbschaftsschulden besteht.[1]) Denn es wird in dieser Hinsicht so angesehen, als wenn die Erbschaft unmittelbar dem Käufer zu jenem ideellen Theile angefallen wäre.

Es fragt sich aber:

> inwiefern können die Gläubiger und Legatarien von der im § 463 d. T. ihnen beigelegten Befugniß Gebrauch machen, sich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbschaft zu halten?

Wollen sie den Käufer in Anspruch nehmen, so erkennen sie ihn eben dadurch in seiner vertragsmäßigen Stellung als Miterben an. Es kommen deshalb die Grundsätze über die Rechte und Pflichten der Miterben in Ansehung der Erbschaftsschulden (§§ 127 ff. Tit. 17 Th. I A. L. R.) sowohl für als gegen sie zur Anwendung. Hieraus folgt, daß sie vor der Erbschaftstheilung den Käufer nur gemeinschaftlich mit dem Verkäufer belangen können. — Dagegen kann von einer Anwendung der Vorschriften der §§ 137 ff. a. a. O., wonach die theilenden Miterben durch gehörige Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung einen Erbschaftsgläubiger verpflichten können, sich an jeden unter ihnen nur nach Verhältniß seines Erbtheils zu halten, dem Erbschaftsverkäufer gegenüber, hier keine Rede sein, da durch den Erbschaftsverkauf die Rechte der Erbschaftsgläubiger zwar erweitert, niemals aber verringert werden können.

(S. 18, 19) wird bemerkt: Was das Verhältniß der Contrahenten zu Dritten betrifft, so wird diesfalls das Princip maßgebend, daß der Verkäufer der Erbschaft durch diese Veräußerung seine Eigenschaft als Erbe nicht aufzugeben, folglich auch solche nicht auf den Käufer zu übertragen im Stande ist, und der Erbschaftsverkauf dritte Nichtcontrahenten weder berechtigt noch verpflichtet. Daraus erklärt sich schon ganz von selbst, daß die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer sich, nach wie vor dem Verkaufe der Erbschaft, an den Verkäufer, als Erben halten können, vorausgesetzt, daß sie nicht durch Novation den Erbschaftskäufer als ihren Schuldner anerkannt, insbesondere denselben nicht auf Befriedigung belangt haben und solcher sich in den Streit eingelassen hat.

[1]) A. L. R. I. 17 §§ 128 f.

21. Eine für das Rechtsverhältniß des Erbschaftskäufers zu den Nachlaßgläubigern und Legatarien sehr wichtige Frage ist:

in wie weit Ersterer für die Erbschaftsschulden und Lasten haftet.

Die Sache hat in dem Falle keine Schwierigkeit, wenn der Verkäufer oder der Käufer sich die Rechtswohlthat des Inventars gehörig gewahrt hat; denn wie der Erbschaftskäufer nach § 454 d. T. „in alle Rechte des Erben" tritt, so kann er sich unter den gesetzlichen Voraussetzungen[1]) auch der Rechtswohlthat des Inventars bedienen. — In diesem Falle wird daher der Käufer den Erbschaftsgläubigern und Legatarien nur insofern mit seinem eigenen Vermögen persönlich haftbar, als er die einem Benefizialerben in Beziehung auf die Verwaltung des Nachlasses und die ordnungsmäßige Befriedigung der Erbschaftsgläubiger[2]) ihm an Stelle des Verkäufers obliegenden Pflichten vernachläßigt.[3])

Der Zweifel liegt darin:

ob nicht der Erbschaftskäufer schon als solcher den Nachlaßgläubigern und Legatarien bloß vermöge des Besitzes der Erbschaft und also auch nur bis auf den ihm überkommenen Bestand derselben haftet, so daß er der besonderen Rechtswohlthat des Inventars gar nicht bedarf.

Koch in seinem Kommt. zu § 462 f. d. T. nimmt dies an, indem er ausführt:

Der Käufer werde nicht persönlicher Schuldner der Gläubiger, er

---

[1]) Hierher wird auch zu rechnen sein, daß der Erbe nicht schon vor dem Abschlusse des Erbschaftskaufes der Rechtswohlthat ausdrücklich entsagt, oder sich derselben verlustig gemacht hat.

Bornemann, Syst. Darst. VI S. 351.

Gleichwohl wird auch in diesem Falle die Beschränkung der Haftpflicht des Käufers auf den Bestand des Nachlasses anzunehmen sein, wenn derselbe in dem Kaufvertrage die Erbschaftsschulden nur mit einer solchen ausdrücklichen Beschränkung übernommen hat. Denn die von den Erbschaftsgläubigern und Legatarien gegen den Käufer unmittelbar geltend zu machenden Ansprüche können sich immer nur auf die in dem Erbschaftskaufe enthaltene Schuldübernahme stützen und daher niemals über den Inhalt der letzteren hinausgehen.

[2]) Siehe oben S. 177 f. und S. 187 f.

[3]) Unbedenklich haftet für solche Verschuldung des Käufers auch der Verkäufer als eigentlicher Erbe, da Dritten gegenüber der Käufer als sein Stellvertreter gilt.

haste nur als Besitzer der Erbschaft; denn Aktiv- wie Passivschulden gingen als obligationes rei mit dem Inbegriffe über. Daher sei das, was hinsichts des beneficii inventarii der Verkäufer vor dem Verkaufe etwa gethan oder unterlassen, nicht präjudicirlich. Hätte der Verkäufer die Erbschaft selbst ohne Vorbehalt angetreten, so würde er dadurch den Käufer nicht zum persönlichen Schuldner der Gläubiger machen. Selbst das in dem Kaufcontracte gegebene Versprechen des Käufers, für die Schulden persönlich zu haften, würde nur dem Verkäufer gegenüber eine Verbindlichkeit begründen.[1])

Dieser Ansicht läßt sich zunächst entgegensetzen, daß unser Landrecht auf eine solche höchst wichtige Verschiedenheit in der rechtlichen Stellung des Verkäufers und des Käufers der Erbschaft, den Nachlaßgläubigern und Legatarien gegenüber, auch nicht im Entferntesten hindeutet, daß es vielmehr den Käufer in alle Rechte und Pflichten des Erben treten läßt und die Sache daher so angesehen wissen will, als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer angefallen wäre.

Wenn nun der § 463 sich hieran insofern anschließt, als er den Erbschaftsgläubigern und Legatarien freistellt:

„sich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbschaft, oder an den Erben selbst zu halten,"

so läßt sich hieraus nur eine völlige Gleichstellung in der Haftung der beiden Kontrahenten entnehmen. — Für diese Gleichstellung spricht aber auch der Grund des Gesetzes. Das den Nachlaßgläubigern gegen den Erbschaftskäufer eingeräumte unmittelbare Klagerecht beruht in ihrer Zustimmung zu der im Erbschaftskaufe enthaltenen Schuldübernahme.[2]) Sie schließen sich diesem Paktum an und lassen sich somit die Ueberweisung des Erbschaftskäufers als ihres Schuldners an Stelle

[1]) Derselben Ansicht ist Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts I. (1865) S. 659 Note 19, woselbst gesagt ist: „Aber nur soweit, als die Erbschaft reicht, haftet ihr Käufer, während der Erbe, wenn er es ohne Vorbehalt geworden, noch darüber hinaus haftet. Die Schuldübernahme verpflichtet den Uebernehmer nur als Erwerber des Vermögens, an dem die Schuld haftet."

[2]) Förster a. a. O. S. 667: Das preußische Recht kennt eine Schuldübernahme in dem Sinne, daß der Gläubiger unmittelbar, ohne besonderen Beitritt, gegen den Uebernehmer klagen darf, als eine von selbst eintretende Folge oder Eigenschaft bestimmter Rechtsgeschäfte, Vitalizienvertrag, Erbschaftskauf, Schenkung eines ganzen Vermögens. Dies sind die Fälle, wo die Schuld mit einem Vermögensinbegriff, an dem man sie sich haftend denkt, in das Vermögen des Uebernehmers übergeht. Das A. L. R. hat sich hier der deutsch-rechtlichen Praxis angeschlossen.

des Verkäufers gefallen. Daß dies in der That so ist, gibt der § 465 d. T. klar genug zu erkennen. Denn er erklärt zur Erhaltung ihres Rückgriffs gegen den Verkäufer einen ausdrücklichen und dem Letzteren förmlich kundgegebenen Vorbehalt für nothwendig, woraus also von selbst folgt, daß in Ermangelung eines solchen Vorbehalts ihr Anspruch an den Erben erloschen ist. Sollte nun wohl eine solche Liberation des Erben als des eigentlichen Schuldners sich rechtfertigen lassen, wenn den Gläubigern nicht in der Person des Erbschaftskäufers ein neuer, in ganz gleicher Weise haftender Schuldner gegeben wäre?

Der hier vertheidigte Gesichtspunkt ist derselbe, von dem auch Delbrück in seiner lehrreichen Schrift: „Die Uebernahme fremder Schulden" (Berlin, 1853) bei Beurtheilung des fraglichen Rechtsverhältnisses ausgeht. — Derselbe sagt (S. 110, 111):

> Einer besonderen Erwähnung verdient der Fall, wenn Jemand ein ganzes Vermögen oder eine Erbschaft mit den dazu gehörigen Schulden erwirbt und sich demnächst herausstellt, daß die Aktiva von den Passivis überstiegen werden. Wir finden über die Frage, ob der Erwerber des Vermögens über die Kräfte desselben hinaushafte, wenig und das Wenige meist ziemlich verworren vorgetragen, indem sie mit der Frage, ob überall die Gläubiger eine Klage gegen den Vermögenserwerber haben, vermengt wird. Voet ist der Ansicht, daß derjenige, der ein ganzes Vermögen geschenkt erhalten unter der Bedingung der Schuldübernahme, hafte, etiamsi forte damnosa magis quam lucrosa donatio ex eventu appareat. Die preußische Gesetzcommission spricht in dem schon erwähnten Beschluß vom 11. Januar 1796 für das gemeine und preußische Recht den Grundsatz aus, daß derjenige, welchem ein ganzes Vermögen durch einen Vitalitien-Contract übertragen worden, für die Schuld insofern haften müsse, als dieses Vermögen zur Bezahlung derselben hinreiche. — Man muß, um zu einer sachgemäßen Entscheidung der Frage in ihrer Allgemeinheit zu gelangen, sich vergegenwärtigen, daß der, welcher ein Vermögen oder eine Erbschaft durch Vertrag unter Lebenden an sich bringt, nicht Universal-Successor des Veräußerers ist. Hieraus folgt, daß jede einzelne zum Complex gehörige Sache als speziell tradirt, jede Forderung als speziell cedirt und jede Schuld als speziell übernommen anzusehen ist, wenn auch die Contrahenten der Kürze halber diese an sich verschiedenen Acte in einen zusammengezogen haben. Hieraus folgt wieder, daß jede einzelne übernommene Schuld zu dem erworbenen Complex in keiner näheren Beziehung steht, als zu dem sonstigen Vermögen des Uebernehmers. Als Grundsatz muß also hingestellt werden: der Uebernehmer ist dem Gläubiger gegenüber nicht berechtigt, den Umstand geltend zu machen, daß die Passiva mehr betragen, als die Activa des erworbenen Complexes. Eine Ausnahme tritt ein,

wenn eine Erbschaft Gegenstand des Vertrages war und der Veräußerer seinerseits das beneficium inventarii erlangt hatte, in welchem Falle natürlich der Erwerber nicht schlechter stehen kann, als der Veräußerer, da ihm ja nach den oben besprochenen Grundsätzen alle Einreden des letzteren zukommen. Dies gilt namentlich vom Erbschaftskauf.

22. Mit den vorstehenden Erörterungen hängt auch die Frage zusammen:

welche Wirkung der von dem Erbschaftskäufer vorgenommene weitere Verkauf der Erbschaft als solcher auf die Nachlaßgläubiger und Legatarien äußere.

So lange der erste Käufer der Erbschaft zu den Nachlaßgläubigern noch nicht in ein obligatorisches Verhältniß getreten ist, d. h. so lange diese ihn als ihren Schuldner durch Belangung desselben noch nicht angenommen haben, scheidet er durch den anderweitigen Verkauf aus jeder Beziehung zu den Erbschaftsgläubigern, welche nunmehr nur die Wahl haben, den Erben oder den zweiten Käufer in Anspruch zu nehmen. Trifft dagegen jene Voraussetzung nicht zu, so bleibt der erste Käufer verpflichtet, da er das bereits zwischen ihm und den Erbschaftsgläubigern zur Existenz gekommene Rechtsverhältniß nicht einseitig wieder auflösen darf.[1])

Einer ganz gleichen Beurtheilung unterliegt die Frage:

ob der Erbschaftskäufer durch die vermöge freier Vereinbarung unter den Kontrahenten erfolgende Wiederaufhebung des Kaufes außer allen Anspruch Seitens der Nachlaßgläubiger gesetzt ist.

23. Ein Benefizialerbe verkauft eine Erbschaft, die sich späterhin als überschuldet erweist.

Ist derselbe den Nachlaßgläubigern und Legatarien, welche aus der unzulänglichen Erbschaft ihre Befriedigung nicht erlangen können, auf Höhe des Kaufpreises verhaftet?

Dies ist zu verneinen. Durch den Verkauf bleiben die Ansprüche der Nachlaßgläubiger ungeändert; diese gehen aber nur dahin, daß ihnen der Verkäufer als Benefizialerbe bis auf den Belang der Erbschaft für ihre Forderungen gerecht werden muß. Die für die ganze Erbschaft empfangene Kaufsumme bildet nicht, wie der Kaufpreis für einzelne veräußerte Erbschaftssachen, einen Theil der Erbschaft,

[1]) Abweichend ist die Darstellung Koch's in der „Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte" (Breslau 1837) S. 64.

unterliegt daher auch nicht den Angriffen der Nachlaßgläubiger und Legatarien. — Man kann nicht sagen: pretium succedit in locum rei; denn der Verkauf der Erbschaft ist ja nicht von dem Erben in seiner Eigenschaft als Nachlaßverwalter geschehen, mithin für die Erbschaft nichts erworben worden.

Paul. l. 3 pr. D. ad Leg. Falc. (35, 2): Si heres institutus eam hereditatem, quae solvendo non est, vendiderit, vix quidem poterit persuaderi, non fuisse eam hereditatem solvendo, quae emtorem invenerit. Vera autem ratione nihil legatariis debebitur: quia magis ex stultitia emtoris habere videtur heres institutus, quam ex bonis defuncti. Nam e contrario si male vendiderit res hereditarias, non erit hoc legatariorum detrimentum. Ita ergo commodum debet esse heredis, si bene res administraverit. [1])

24. Wie jeder Erbe überhaupt, so bleibt auch der Benefizialerbe, ungeachtet des Erbschaftsverkaufes, den Erbschaftsgläubigern und Legatarien nach wie vor verhaftet. Diese behalten daher ihr Klagerecht gegen ihn, so lange sie den Käufer nicht als ihren nunmehrigen Schuldner angenommen haben. Dabei versteht sich aber von selbst, daß sie ihre Befriedigung immer nur aus der Erbschaftsmasse, welche den alleinigen Zahlungsfonds bildet, nachzusuchen haben. [2]) Kommt es daher zur Vollstreckung des gegen den Benefizialerben ergangenen verurtheilenden Erkenntnisses, so kann diese, soweit es sich nicht um persönliche Prästationen des Erben (z. B. aus der von ihm geführten Verwaltung) handelt, nur in den Nachlaß selbst geschehen. Hat nun der Erbe noch vor der Klagebehändigung die ganze Erbschaft einem Dritten verkauft, so kann das Erkenntniß gegen den Letzteren, als den Besitzer der Erbschaft, nicht zur Vollstreckung gebracht werden. [3]) Es bleibt daher den Nachlaßgläubigern nur übrig, den Erbschaftskäufer im Wege des besonderen Prozesses zu belangen. [4])

Hiernach stellt sich allerdings für die Nachlaßgläubiger die Nothwendigkeit heraus, den Benefizialerben, der die Erbschaft bereits verkauft

---

[1]) Der hier zuletzt angedeutete Gesichtspunkt möchte wohl nicht zutreffend erscheinen.

Der Verkauf einer Erbschaft als eines Ganzen ist in Beziehung auf die Erbschaft selbst, die dadurch ganz ungeändert bleibt, gar nicht als eine Verwaltungsmaßregel zu betrachten.

[2]) Siehe oben S. 181 ff.

[3]) Vergl. Proz.-Ordn. Tit. 24 § 9.

[4]) Nicht aber im Wege der Judicatsklage.

Erkenntniß des Ober-Trib. vom 16. December 1861 (Entscheid. B. 47 S. 360 ff.).

hat, zugleich mit dem Käufer zu belangen, wenn sie den Letzteren nicht allein in Anspruch nehmen wollen.

Eine solche gleichzeitige Belangung des Erben und des Erbschaftskäufers ist aber unter allen Umständen zu gestatten, da der § 463 nur dahin zu verstehen ist, daß er ihnen sowohl gegen den Einen, als gegen den Andern (also gegen Beide) ein Klagerecht gibt. Es ist damit eine Art Korreal-Schuldverhältniß geschaffen, das für den Gläubiger von selbst die Berechtigung mit sich führt, beide Schuldner zusammen in Anspruch zu nehmen.

---

§ 464. «Auch wenn sie sich zuerst an den Käufer halten, können sie jedoch von diesem auf den Verkäufer, als Erben, wieder zurückgehen.»

§ 465. «Doch müssen sie, wenn sie von dieser Befugniß Gebrauch machen wollen, sich dieselbe sogleich, wenn sie den Käufer in Anspruch nehmen, ausdrücklich vorbehalten, und diesen Vorbehalt dem Verkäufer gerichtlich bekannt machen lassen.»

25. L. 2 C. de pactis (2, 3): Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poterit, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

Joh. a Sande, Dec. Fris. Lib. III tit. IV def. 3: Emtor hereditatis, quamvis ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaceret, excipere tamen actiones hereditarias invitus non tenetur. Ita a nostro Senatu judicatum (25. Febr. 1622). Nullum enim negotium creditori hereditario intercessit cum creditore hereditatis, proinde is nullam actionem adversus hunc habet. Sane si emtor hereditatis sponte suscipiat actionem creditoris hereditarii, litemque cum illo contestetur super debito petito, receptum, ut non male creditor egisse, sed emtor cum creditore tacite pactus videatur, ne agat cum venditore, atque ita electio emtoris proficit venditori ad exceptionem taciti pacti.[1])

---

[1]) Brunnemann, com. in C. ad l. 2 cit.: Claudius hereditatem a se aditam cuidam vendidit, et cum emtor sponte susciperet litem, convenitur a creditoribus hereditariis, qui subodorati, illum non fore solvendo, redeunt ad heredem Claudium, et ab hoc exigunt debita sua. Videtur quod id facere possint, quia heres venditione hereditatis jus creditorum non potuerit reddere deterius. Facit etiam, creditores litem contestando jus

Erkenntniß des Kammergerichts zu Berlin von 1767: Der Erbe und derjenige, dem er die Erbſchaft cediret, ſind beide den Gläubigern nicht in solidum verbunden, dergeſtalt, daß die creditores Beide zugleich belangen könnten; ſondern es können eigentlich die Gläubiger nur den wahren Erben belangen und haben gegen den Ceſſionar gar keine Klage. Sobald ſie aber gegen den Ceſſionar klagen, und dieſer ſich auf die Klage einläßt, oder ſobald ſie ſich an den Ceſſionar wenden und dieſer ihnen Zahlung verſpricht, ſo hört auch die Klage gegen den eigentlichen Erben auf (Hymmen, Beiträge zur juriſt. Lit. Samml. VII S. 73).

Unſer Landrecht ſchließt ſich hiernach in dieſem Punkte dem römiſchen Rechte an. Die Vorſchrift des § 464 enthält keine Abweichung davon. Denn der darin in Form einer Regel ausgeſprochene Satz, daß den Nachlaßgläubigern, auch wenn ſie ſich an den Käufer halten, der Regreß gegen den Verkäufer freiſtehe, ſtellt ſich im Zuſammenhange mit § 465 offenbar als eine bloße Ausnahmevorſchrift dar, da der letztere Paragraph jenes Rückgriffsrecht von einer ausdrücklichen und förmlichen Wahrung deſſelben abhängig macht, alſo von einer Reſervation, welche eben den Zweck hat, die ſchon in der Belangung des Käufers an ſich liegende Annahme deſſelben als Schuldners auszuſchließen.[1]) Dieſer Vorbehalt muß ſeiner Natur nach ſogleich mit der gegen den Käufer angeſtellten Klage verbunden werden, weil dies diejenige Handlung iſt, welche ohne ſolchen Vorbehalt den Gläubigern, dem Erbſchaftsverkäufer gegenüber, präjudiziren würde. — Der Klage ſteht übrigens eine außergerichtliche Zahlungsaufforderung nicht gleich; dieſe kann immer nur als eine bloße Vorbereitung der Klage gelten. Ebenſowenig würde der Gläubiger durch die vorbehaltloſe Annahme einer

---

suum deterius non reddere (l. 86 de R. J.). Sed contrarium respondetur. Ratio decidendi in eo consistit: quia heres vendendo hereditatem, id agit, ut emtor cum lucro aes alienum cognoscat et solvat; quia ergo creditores convenerunt emtorem, approbarunt hunc contractum.

[1]) Ganz irrig iſt die Auffaſſung des Geſetz-Reviſors (Penſum XVI S. 60), welcher den Grund der Beſtimmung des § 465 darin ſucht, daß der Verkäufer dadurch Veranlaſſung erhalten ſoll, ſein Intereſſe wegen der an die Erbſchaft zu machenden Anſprüche wahrzunehmen, und entweder den Käufer anzuhalten, die Gläubiger zu befriedigen, oder mit demſelben gegen die Gläubiger gemeinſchaftliche Sache zu machen. Allein aus der Natur des Erbſchaftskaufes — ſo wird weiter bemerkt — ergibt ſich eine ſolche Verpflichtung für den Gläubiger, der den Käufer belangt, nicht. Dieſer muß erwarten, daß der Verkäufer bei dem angeſtellten Prozeſſe gemeinſchaftliche Sache mit dem Käufer gegen ihn macht, und es wird alſo von ihm verlangt, daß er, indem er ſein Recht verfolgt, zugleich etwas thue, was nur zum Vortheil ſeines Gegners gereichen kann.

von dem Käufer freiwillig geleisteten Theilzahlung seines Regresses gegen den Verkäufer verlustig gehen, weil in der bloßen Annahme einer für den eigentlichen Schuldner geleisteten Zahlung niemals die Erklärung liegt, daß man den Zahlenden als Schuldner annehme.

---

§ 466. «Halten sich die Gläubiger und Legatarien an den Verkäufer der Erbschaft, so ist der Käufer denselben in alle Wege zu vertreten schuldig.»

§ 467. «Wegen der Aufforderung des Käufers zu solcher Vertretung gilt alles das, was bei der Lehre von Gewährleistungen dem Käufer, welcher von dem Verkäufer eine solche Vertretung fordern will, vorgeschrieben ist. (§ 143 sqq.)»

26. Ulp. l. 2 § 20 D. h. t. (18, 4): Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoque nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilominus agere potest cum emtore.

L. 2 C. h. t. (4, 39): Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis, legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus, tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venundedisti, tu experiaris suo ordine.[1])

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Hertzogthums Württemberg von 1610 Th. II Tit. IX: „. . . Doch wo der Verkäuffer, als Erb, dißorts etwas außbezahlt, hat er solches von dem Käuffer nach Billigkeit wider zu erfordern."

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. 4 § 7 a. E.: „— es stehet auch nach heutigem Gebrauche den Creditoren, Häreditarien, Legatarien, Fideicommissarien frey, ob sie den Käufer oder Verkäufer der Erbschaft um ihre Forderungen belangen wollen. Erwählen sie den letzteren, so muß er 10mo für das, was er derentwegen ex propriis bezahlt und ausgelegt hat, wie auch um alle auf die Erbschaft verwendeten nutzbaren und nöthigen Kosten von dem Käufer indemnisirt werden."

Der im § 466 aufgestellte Grundsatz gilt auch rücksichtlich derjenigen Verbindlichkeiten, welche der Erbe selbst bei der Verwaltung des Nachlasses eingegangen, sofern der daraus erwachsene Vortheil dem Käufer zugekommen ist.

Ulp. l. 2 § 10 D. h. t.: Denique si rem hereditariam heres vendiderit, ac per hoc fuerit condemnatus, non habet contra emtorem

---

[1]) Vergl. auch l. 2 C. de legat. (6, 37) s. oben zu Nr. 18.

actionem, quia non ideo condemnatur, quod heres esset, sed quod vendiderit. Sed si pretium rei distractae emtori hereditatis dedit, videamus, an locus sit ex vendito actioni; et putem esse.

---

§ 468. «Persönliche Leistungen, die nicht nach Gelde geschätzt werden können, ist der Käufer weder zu übernehmen, noch dem Verkäufer Vergütung dafür zu leisten verbunden.»

27. Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1278. „Der Käufer einer .... Erbschaft tritt nicht allein in die Rechte, sondern auch in die Verbindlichkeiten des Verkäufers als Erben ein, insoweit diese nicht bloß persönlich sind ...“

Suarez in der revisio monitorum: [1]) „Wenn dem Erben praestationes personales auferlegt worden, die keiner Schätzung nach Gelde fähig sind, so kann der praestantiarius sich dieserhalb an den Käufer nicht halten, sondern nur an den Verkäufer, und dieser, wenn er die Leistung entrichten muß, kann dafür von dem Käufer keinen Ersatz fordern, nisi aliter contractum. [2])

---

§ 469. «Ist der Erbe durch verzögerte Zahlung, von Seiten des Käufers, in Schaden gesetzt worden, so muß ihn Letzterer entschädigen.»

28. Koch, Recht der Forderungen (2. Ausgabe) S. 816 Note 22 findet diese, allerdings ganz überflüssige Bestimmung, soweit damit etwas Besonderes gemeint sei, unklar. — Am nächsten liegt wohl, an die von dem Verkäufer bezahlten Verzugszinsen, sowie die ihm verursachten Prozeßkosten zu denken, wiewohl auch in dieser Beziehung die Erstattungspflicht des Käufers schon von selbst aus dem im § 466 aufgestellten Grundsatze folgt.

---

[1]) Bornemann, Syst. Darst. des Preuß. Civilr. VI S. 350, 351 (2. Ausg.).

[2]) Mit Unrecht meint Bielitz (Komment. § 468), dem auch Bornemann a. a. O. beistimmt, daß der Verkäufer bloß keine Vergütung seiner Bemühungen bei dieser Leistung, wohl aber die Erstattung der dazu nothwendigen baaren Auslagen fordern könne.

Geht die an die Person des Verkäufers geknüpfte Verbindlichkeit überhaupt auf den Käufer nicht über, so hat er auch in Ermangelung besonderer Verabredung dem Verkäufer in keiner Art für deren Erfüllung Entschädigung zu leisten.

§ 470. «Zu den Lasten der Erbschaft, welche der Käufer, vermöge des Vertrages, übernimmt, gehören auch die Begräbnißkosten des Erblassers, soweit dieselben von dem Erben noch nicht berichtigt sind.»

29. Ulp. l. 2 § 17 D. h. t. (18, 4): Quodsi funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emtore consequatur? Et ait Labeo, emtorem impensam funeris praestare debere, quia et ea, inquit, impensa hereditaria esset; cujus sententiam et Javolenus putat veram et ego arbitror.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1280 „. . . alles, was der Erbe aus dem Seinigen . . . auf die Verlassenschaft verwendet hat, wird von der Masse abgezogen. Dahin gehören . . . wenn es nicht ausdrücklich anders verabredet worden ist, auch die Begräbnißkosten."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2376. „Der Veräußerer . . . kann Erstattung dessen fordern, was er auf die Erbschaft verwendet hat, insbesondere bezahlte . . . Begräbnißkosten."

Unser Landrecht weicht hier von dem, auch in die neueren Gesetzgebungen übergegangenen Grundsatze darin ab, daß es den Erbschaftskäufer nur zur Uebernahme der von dem Erben noch nicht berichtigten Begräbnißkosten für verpflichtet erklärt. Es ist dies nur eine Folge des ihm eigenthümlichen allgemeinen Grundsatzes, der im § 480 d. T. aufgestellt ist.

---

§ 471. «Die Verhältnisse zwischen dem Erbschaftskäufer und den Schuldnern der Erbschaft sind nach den bei Cessionen angenommenen Grundsätzen zu beurtheilen.»

§ 472. «Der Erbschaftsschuldner, welcher den Käufer für seinen Gläubiger nicht ausdrücklich anerkannt hat, kann demselben nicht nur Gegenforderungen, die ihm gegen den Erblasser, sondern auch solche, die ihm an den Erben zustehen, entgegensetzen.»

30. L. 5 C. h. t. (4, 39): Emtor hereditatis, actionibus mandatis, eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.

Ulp. l. 16 pr. D. de pactis (2, 14): Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet; nam ex quo rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

Papin. l. 17 D. de transact. (2, 15): Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit. Si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est . . .

Arndts in Weiske's Rechtslexicon IV S. 25: Der Verkäufer der Erbſchaft muß die erbſchaftlichen Forderungen oder Klagerechte abtreten, damit der Käufer ſelbſt die einzelnen Anſprüche verfolgen möge.[1]) Doch bedarf es nach dem Verkauf der Erbſchaft nicht mehr einer beſonderen Ermächtigung (mandatum ad agendum) zur Anſtellung der einzelnen erbſchaftlichen Klagen; ſondern in jenem liegt ſchon im allgemeinen Abtretung derſelben, vermöge deren ſie als utiles actiones ſofort vom Käufer angeſtellt werden können.[2])

Baieriſches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. 4 § 7: „. . . wie demnach 9no dieſer (der Käufer der Erbſchaft) hierinfalls ſowohl quoad Commoda als Incommoda in die Stelle des Verkäufers eintritt, ſo hat er . . . in Activis vollkommenes Jus agendi . . .“[3])

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 1282. „. . . Die Rechte . . . der Erbſchaftsſchuldner werden durch den Verkauf der Erbſchaft nicht geändert . . .“[4])

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2379. „Der Erwerber iſt berechtigt . . . erbſchaftliche Forderungen ſo, als ob ſie ihm abgetreten wären, geltend zu machen.“

---

[1]) Ulp. l. 2 § 8 D. h. t.: Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes, quas ipse heres constituit, dicendum erit praestari emtori debere . . .

[2]) Vergl. auch Alb. Schmid, die Grundlehren der Ceſſion nach röm. Recht Th. 1 (Braunſchw. 1863) S. 195 f.

[3]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: Die Einbringung der Aktivſchulden der Erbſchaft ſtehe auch dem Käufer ſelbſt cum pleno jure agendi frei, dergeſtalt, daß debitores hereditarii et cessi von der Zeit an, da ihnen der Kauf oder die Ceſſion bekannt geworden iſt, lediglich an den Käufer als Cessionarium gewieſen ſein, folglich mit Sicherheit niemand anderen mehr zahlen können.

[4]) Hiermit ſind die §§ 1394—96 zu verbinden. Den Erbſchaftsſchuldnern gegenüber befindet ſich ſonach der Erwerber der Erbſchaft in der Stellung eines Ceſſionars. Unger, das öſterr. Erbr. S. 222.

Form.

Gesetz über die Form einiger Rechtsgeschäfte vom 17. Juli 1845 (Gesetz-Sammlung S. 495):

§ 1. »Bei folgenden Rechtsgeschäften soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen: . . .

c. bei Erbschaftskäufen (§ 473 Tit. 11 Th. I Allg. Landr. und § 9 Nr. 2 Tit. 1 Th. II der Allg. Gerichtsordn.).

31. Auch die neueren Gesetzgebungen enthalten keine besonderen Formvorschriften für den Erbschaftskauf.

So bestimmt das Privatrechtl. Gesetzbuch für den K. Zürich ausdrücklich in Beziehung auf den „Erbauskauf":

§ 2138. „. . . Es bedarf der notarialischen Form nicht, sondern es genügt die schriftliche Form."

Bluntschli in seinen Erläut. IV S. 190, 191 bemerkt dazu:

. . . Genau genommen sind diese Verträge über die Erbschaft eines Dritten keine erbrechtlichen Geschäfte, sondern zunächst von obligatorischer Natur. Mittelbar jedoch haben sie auch einen Bezug auf das Erbrecht, weil ihr Gegenstand eine erbrechtliche Anwartschaft oder eine Erbschaft ist . . .

Gegen den Antrag, die Form der notarialischen Fertigung vorzuschreiben, wurde erwidert:

a) die bisherige Rechtsübung fordere dieselbe nicht;

b) es würden daraus für die Parteien erhebliche Kosten veranlaßt;

c) es sei für die Familie lästig, einem Dritten in ihre inneren Verhältnisse Einsicht zu verschaffen.

Es wurde daher auf diesem Antrag nicht weiter beharrt . . .[1])

[1]) Dagegen enthält der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das K. Bayern (München, 1861) Th. II Art. 339 die Bestimmung:

„Der Kaufvertrag, welcher mit dem Erben über die demselben angefallene Erbschaft als solche abgeschlossen wird (Erbschaftskauf), bedarf zu seiner Gültigkeit der Errichtung in einer öffentlichen Urkunde."

Der Großh. Hessische Entwurf Abth. IV (Darmstadt, 1853) bestimmt so-

Wirkungen eines Erbschaftskaufes.

§ 474. «Sobald der Kauf solchergestalt geschlossen ist, gehet Eigenthum und Gefahr der Erbschaft auf den Käufer über.»

§ 475. «Soweit jedoch eine Naturalübergabe erforderlich ist, um den Käufer in den Besitz der Erbschaftsstücke zu setzen, ist der Verkäufer auch diese zu leisten schuldig.»

32. Der im § 474 aufgestellte Rechtssatz weicht von den Grundsätzen des römischen Rechts ab,[1]) erscheint aber vermöge der Auffassung des Erbschaftskaufs als einer Rechtsübertragung, welche bezweckt, den Käufer „in alle Rechte und Pflichten des Erben" eintreten zu lassen, „als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer, und nicht dem Verkäufer angefallen wäre,"[2]) vollkommen gerechtfertigt.[3])

---

gar Art. 35: „Der Kauf einer angefallenen Erbschaft ist nur gültig, wenn sein Abschluß gerichtlich beurkundet ist."

In den Motiven des Bayerschen Entw. S. 139 wird darüber gesagt: Der Art. 339 fordert zur Gültigkeit des Erbschaftskaufes die Verbriefung durch eine öffentliche Urkunde, weil bei der objectiv nicht genau begrenzten Wirksamkeit dieses Vertrages und der Wichtigkeit seiner Folgen die Einwirkung des öffentlichen Beamten nothwendig ist, theils um unüberlegte Entäußerungen zu verhüten, theils aber die wahre Absicht der Kontrahenten vollkommen klar zu machen.

[1]) Paul. l. 14 § 1 D. h. t.: Si hereditas venierit, emtor res hereditarias tradere debet ...

L. 6 C. h. t. (4. 39): Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit. Et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit ...

v. Keller, Pandekten § 542 ... Die Veräußerung der Erbschaft wirkt unmittelbar auf die in der Erbschaft enthaltenen Rechtsverhältnisse (die activen und die passiven) nur gerade so, wie deren individuelle Natur für gewöhnliche Singularsuccession es mit sich bringt. Für die Uebertragung des Eigenthums an den einzelnen Erbschaftssachen muß also z. B. Tradition und dergleichen hinzukommen l. 14 § 1 h. t. ...

[2]) S. oben zu Nr. 7.

[3]) Dieser Gesichtspunkt findet sich auch in dem Bayerschen Entwurf von 1861, welcher bestimmt:

Th. II Art. 340. „Der Erbschaftsverkäufer ist verpflichtet, die ihm aus der Erbschaft zukommenden Rechte auf den Käufer zu übertragen.

Die Uebertragung wird durch jede darauf gerichtete Er-

Löher, das System des Preuß. Landrechts S. 110: Bei dem Erbschaftskaufe geht Eigenthum und Gefahr sofort auf den Käufer über, sobald der Vertrag geschlossen ist. Denn der Käufer erhält das Erbschaftsrecht cedirt (§§ 447, 377 d. T.) und tritt dadurch in alle Rechte und Pflichten des Erben, der sich bereits im Besitze der Erbschaft befindet (§§ 454, 445 das.). In der Annahme der Cession liegt auch die Besitzergreifung.

Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum (Halle 1864) S. 121: Das Allg. Landrecht beseitigt . . die Nothwendigkeit, daß der Verkäufer Einzeltraditionen und -Cessionen vornehme, und läßt die Erbschaft in der That als ein Ganzes, auf einmal und sofort durch den Vertrag auf den Käufer übergehen. Aber was das charakteristische und wichtigste für die Bedeutung der universitas juris im Landrecht ist: die Natur der Erbschaft als eines Begriffsganzen reicht ihm nicht hin, um die beabsichtigte Veränderung zu rechtfertigen. Es wird vielmehr zu diesem Zweck die Anschauung zu Hülfe genommen, der Erbschaftskauf sei eine Veräußerung des Erbrechts selbst: der Erbe verkauft nicht den Erwerb, kraft Erbrechts, die erworbene universitas, sondern das Recht der Succession . . .

Nach diesen Grundsätzen kann es auch kein Bedenken haben, dem Erbschaftskäufer in Ansehung der bei Abschluß des Erbschaftskaufs im

---

klärung des Verkäufers in der Kaufurkunde selbst oder in einer nachfolgenden öffentlichen Urkunde bewirkt . . ."

Art. 341. „Mit der Uebertragung gehen die in der Erbschaft enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten so, wie sie durch den Erbschaftsanfall auf den Erben gekommen sind, unmittelbar auf den Käufer über."

In den Motiven (S. 139) wird dazu bemerkt: „Auch hier, wie bei der Cession von Forderungen bewirkt der Kaufvertrag nur die Verpflichtung des Verkäufers, die ihm aus der Erbschaft zukommenden Rechte auf den Käufer zu übertragen. Die Uebertragung selbst muß durch einen besonderen Willensakt des Verkäufers bethätigt werden. Sie geschieht aber nicht im Einzelnen, sondern für die Gesammtheit jener Rechte durch die einfache Erklärung des Verkäufers, welche schon im Kaufvertrage selbst enthalten sein, oder selbst stillschweigend durch concludente Handlungen an den Tag gelegt werden kann."

Der Großh. Hessische Entwurf schließt sich dagegen an das röm. Recht an, indem er Abth. IV Art. 36 den Erbschaftsverkäufer verpflichtet, dem Käufer „den Besitz und das Eigenthum, sowie alle andern zur Erbschaft gehörigen Sachenrechte zu übertragen, demselben die Erbschaftsforderungen abzutreten ꝛc."

Vergl. auch Bluntschli, Erläut. zum Privatr. Gesetzb. für den Kanton Zürich IV S. 194: Für die Erbschaftssachen bedarf es zur Vollziehung des Auskaufs einer Eigenthums-Uebertragung wie in andern Fällen, wenn ein Vermögenskomplex veräußert wird. Die Erbschaftsforderungen werden durch Cession übertragen . . .

Besitze eines Dritten befindlichen Nachlaßsachen, falls deren Eigenschaft als solcher feststeht, die hereditatis petitio oder die rei vindicatio zu gestatten. [1])

---

§ 476. «Der Verkäufer muß dem Käufer die Erbschaft in dem Stande, wie ihm dieselbe wirklich angefallen ist, ausliefern.»

§ 477. «Einzelne Sachen aber, die seit dem Tode des Erblassers, bis zum geschlossenen Kaufe, im ordentlichen Laufe der Natur oder der Geschäfte, von der Erbschaft abgesondert worden, ist der Verkäufer dem Käufer zu gewähren nicht schuldig.»

§ 478. «Dagegen erhält der Käufer Alles, was auch erst nach dem Tode des Erblassers der Erbschaft zugetreten ist.»

§ 479. «Familienurkunden und Papiere, ingleichen Familiengemälde, die für den Käufer keinen erheblichen Werth und Nutzen haben, sind, im zweifelhaften Falle, für mitverkauft nicht zu achten.»

§ 480. «Hat der Verkäufer, vor geschlossenem Vertrage, Capitalsschulden des Erblassers bezahlt, oder Legate entrichtet, und sich dieserhalb bei dem Verkaufe nichts vorbehalten, so kann er dafür von dem Käufer keine Vergütung fordern.»

§ 481. «Ein Gleiches gilt in Ansehung der Kosten, welche der Verkäufer, bis zum geschlossenen Kaufe, auf die Erhaltung und Verbesserung der Erbschaftssubstanz verwendet hat.»

§ 482. «In Ansehung der Nutzungen aber, und der davon zu entrichtenden Lasten, ist der Erbschaftsverkäufer, bis zum geschlossenen Vertrage, einem redlichen Besitzer gleich zu achten.»

§ 483. «Von der Zeit des geschlossenen Kaufes gehen alle Nutzungen und Lasten auf den Käufer über.»

33. Diese Vorschriften weichen in mehrfacher Beziehung vom

---

[1]) Anders nach röm. Recht: Voet, com. ad P. XVIII, 4 nr. 2. — Arndts, Beiträge zu verschied. Lehren des Civilr. und Civilproz. S. 49, 50.

römischen Rechte ab und diese Abweichungen sind hier zu tadeln, da dieselben durch die Auffassung des Erbschaftskaufes als einer Uebertragung des gesammten Erbrechts selbst in keiner Art geboten sind, vielmehr gerade hiermit in offenbaren Widerspruch treten.

Der § 476, in Verbindung mit dem § 478, gibt das richtige Prinzip an, wie es aus den §§ 454 und 456 schon von selbst folgt. Der Käufer überkommt das gesammte dem Verkäufer angefallene Erbvermögen. Dieser muß ihm daher Alles überliefern, was bis zum Abschlusse des Kaufs aus der Erbschaft an ihn gediehen ist.[1]) Die Bestimmung des § 477, die noch dazu in den Worten „im ordentlichen Laufe der Natur oder der Geschäfte" höchst unklar ist,[2]) enthält eine

[1]) Ulp. l. 2 § 1 D. h. t.: In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, quum aditur hereditas, an ea, quae fuit, quum hereditas venumdatur, videndum erit. Et verius est, hoc esse servandum, quod actum est. Plerumque autem hoc agi videtur, ut, quod ex hereditate pervenit, in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.

Brunnemann, com. in P. ad l. 2 pr. h. t. nr. 2: Quicquid ex hereditate ad venditorem pervenit, a morte defuncti usque ad tempus venditionis, illud omne videtur venditum, nisi aliud actum. In exquirenda quantitate hereditatis venditae ita spectatur tempus venditionis, ut accessiones hereditatem augeant, decessiones vero heredis facto contingentes non deminuant, sunt verba Cujacii Lib. 2 obs. 30, quae laudat Lauterbach ad h. t. th. 6, ubi dicit, dolo vel culpa heredis deperdita vel non acquisita restituenda esse.

Muelleri addit. ad Struv synt. jur. civ. Exerc. XXIII th. 71 nota α ... In exquirenda quantitate hereditatis non spectatur tempus contractus, ut eae tantum res, quae eo tempore apud heredem extent, debeant saltem tradi, sed omne id, quod unquam ad heredem pervenit, etsi tempore venditionis penes ipsum non amplius existat.

[2]) Koch, Recht der Ford. III S. 813 (2. Ausg.) sagt: „Dieser Ausdruck könnte die Meinung erzeugen, daß, wenn ein Erbe auf unwirthschaftliche Art die Erbschaft vermindert, und sie darauf verkauft, er dem Käufer solche Verminderung zu ersetzen schuldig sei. Das wäre eine naturwidrige Anordnung. Keine Person kann mit und gegen sich selbst eine Verbindlichkeit kontrahiren; sie kann nicht ihr eigner Schuldner werden. Deshalb kommt nichts darauf an, auf welche Weise der Erbe vor dem Verkaufe die Erbschaft verschlechtert hat; er erhält dafür weniger Kaufgeld, was sein eigener Schade ist..." Wäre diese Bemerkung richtig, so würde der Vorwurf der „Naturwidrigkeit" die Entscheidungen der röm. Juristen treffen. Ulpian (l. 2 § 5 D. h. t.) sagt ausdrücklich: Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quominus ad eos perveneat, et hoc emtori praestandum est. Fecisse autem dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam

ganz ungerechtfertigte Durchbrechung dieses Prinzipes. Gerade weil der Erbschaftskauf eine s. g. universitas juris zum Gegenstande hat, beschränkt er sich nicht auf die einzelnen, zur Zeit des Vertrages noch im Besitz des Verkäufers befindlichen Erbschaftssachen, sondern erstreckt sich auf die Gesammtheit des erbschaftlichen Vermögens, wie es dem Erben zugefallen ist. Was daher davon ausgeschlossen sein soll, muß der Verkäufer sich besonders vorbehalten.[1]) Auf der andern Seite hat

---

posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur. (Auch in andern Stellen, die sich gleichfalls auf die vor dem Verkaufe vorgenommenen Handlungen beziehen, wird darauf Gewicht gelegt, daß etwas sine dolo vel culpa des Erben geschehen sei.) Dies ist auch der Natur des vorliegenden Vertrages ganz angemessen. „Daß überhaupt der Verkäufer nachträglich noch für die in der Zeit vor dem Verkaufe, also noch im Zustande der Ungebundenheit, vorgenommenen Handlungen verantwortlich werden kann, erklärt sich daraus, daß der Käufer von der Voraussetzung auszugehen berechtigt ist, der Verkäufer werde die Erbschaft bisher wie ein ordentlicher Hausvater verwaltet haben und daher im Stande sein, ihm dieselbe ohne durch seine Schuld bewirkte Minderungen zu übergeben ... Ein solches Verantwortlichwerden ex post kommt ja auch sonst vor ... Natürlich kann sich der Verkäufer gleich dem Käufer bei dem Abschluß des Kaufgeschäfts auch dadurch eines Dolus schuldig machen (s. g. dolus in contrahendo), daß er den Käufer über die zufällig eingetretenen Minderungen der Erbschaft absichtlich (arglistig) im Irrthum läßt." (Unger das öster. Erbrecht S. 227 Note 13.)

So bestimmt auch das Baiersche Landrecht Th. IV Kap. 4 § 7 ausdrücklich: „... 4to Erstattet er dem Käufer alles, was der Erbschaft vor dem Verkaufe durch sein (des Verkäufers) Dolum vel Culpam latam entgangen ist ..." Desgl. das Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 1283 „... der Verkäufer haftet für allen dem Käufer durch sein Verschulden zugefügten Schaden" (wobei Unger a. a. O. bemerkt, daß dieser Satz auf die Zeit vor dem Verkaufe zu beziehen sei, da für die Zeit nach dem Verkaufe schon durch die Vorschrift des § 1281 gesorgt ist). Vergl. auch den Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das K. Bayern von 1861 Th. II Art. 343 „... Was er (der Verkäufer) an Erbschaftssachen verbraucht oder unentgeltlich veräußert, absichtlich oder durch Unterlassung gewöhnlicher Sorgfalt zerstört oder verschlechtert hat, ist er dem Käufer zu ersetzen schuldig, soweit demselben jene Minderungen beim Kaufsabschlusse nicht bekannt waren ..." (im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Großh. Hessischen Entw. Buch II Art. 37: „Hat der Verkäufer den Bestand der Erbschaft vor Abschluß des Verkaufs aus Arglist oder aus grober Nachläßigkeit vermindert, so haftet er dem Käufer für den diesem hieraus entstandenen Schaden, wenn derselbe nicht vor Abschluß des Kaufs hiervon Kenntniß erhalten hatte").

[1]) Mit Recht bemerkt daher auch der Gesetz-Revisor Pensum XVI S. 53, 54: ... Daß der Käufer der Erbschaft so zu betrachten, als sei ihm und nicht

der Verkäufer in dem im § 480 vorausgesetzten Falle einen Vorbehalt gar nicht nöthig, da aus dem Grundsatze, daß der Käufer in alle Pflichten des Erben tritt, von selbst folgt, daß er den Verkäufer in dieser Hinsicht schadlos zu halten hat.[1])

Endlich muß auch die Bestimmung des § 482, welche in Ansehung der Nutzungen und Lasten für die Zeit bis zum geschlossenen Vertrage den Erbschaftsverkäufer einem redlichen Besitzer gleichgeachtet wissen will, als eine ganz unpassende Analogie bezeichnet werden, da wir es hier mit einem rein obligatorischen Verhältnisse, nämlich einem Vertrage zu thun haben, die Frage also immer nur sein kann, was nach der Absicht der Kontrahenten den Gegenstand dieses Vertrages bildet. Für diese Frage — also das quid actum sit — ist aber bereits in den §§ 454 ff. unter dem Marginal: „Was unter einem Erbschaftskaufe begriffen sei oder nicht" die Entscheidungsnorm gegeben. Eben deshalb muß diese maßgebend bleiben, so lange die Kontrahenten nicht etwas Anderes festgesetzt haben.

---

dem Verkäufer die Erbschaft angefallen, folgt aus dem Begriffe des Erbschaftskaufes selbst. Denn nach diesem ist der Gegenstand desselben das Erbschaftsrecht selbst, nicht aber die zur Erbschaft gehörigen einzelnen Gegenstände. Sollen einzelne Erbschaftssachen von dem Kaufe ausgeschlossen sein, so können die Kontrahenten dies zwar bestimmen; aus der Natur des Kontrakts folgt dies aber nicht. Unstreitig ist auch die Bestimmung des § 480 nur zur Vereinfachung der Auseinandersetzung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer der Erbschaft erlassen.

[1]) Ulp. l. 2 § 3 D. h. t.: ... Illud retinendum est, cum effectu videri pervenisse, non prima ratione. Idcirco quod legatorum nomine quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse, sed et si quid aeris alieni est, vel cujus alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur ... § 11. Sive ipse venditor dederit aliquid pro hereditate, sive procurator ejus, sive alius quis pro eo, dum negotium ejus gerit, locus erit ex vendito actioni, dummodo aliquid absit venditori hereditatis. Ceterum si nihil absit venditori, consequens est dicere, non competere ei actionem. § 16. Si quid publici vectigalis nomine praestiterit venditor hereditatis, consequens erit dicere, agnoscere emtorem ei hoc debere. Namque hereditaria onera etiam haec sunt. Et si forte tributorum nomine aliquid impendat, idem erit dicendum.

Julian. l. 18 eod.: Si ex pluribus heredibus unus, antequam ceteri adirent hereditatem, pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore omnem solverit, et hereditatem vendiderit, nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quidquam servare poterit, cum emtore hereditatis vel ex stipulatu, vel ex vendito recte experietur ...

Mit Recht haben die neueren Gesetzgebungen die Grundsätze des römischen Rechts beibehalten.[1])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1280. „Alles, was der Erbe aus dem Erbrechte erhält, wie z. B. die bezogenen Früchte und Forderungen, wird mit zur Masse gerechnet; alles hingegen, was er aus dem Seinigen auf die Antretung der Erbschaft, oder auf die Verlassenschaft verwendet hat, wird von der Masse abgezogen. Dahin gehören die bezahlten Schulden; die schon abgeführten Vermächtnisse, Abgaben und Gerichtsgebühren; und wenn es nicht ausdrücklich anders verabredet worden ist, auch die Begräbnißkosten."

§ 1281. „Insoweit der Verkäufer die Verlassenschaft vor der Uebergabe verwaltet hat, haftet er dem Käufer dafür, wie ein anderer Geschäftsträger."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2376. „Der Veräußerer hat Alles, was er vor der Veräußerung aus der Erbschaft erlangt und was von der Veräußerung nicht ausgenommen worden ist, dem Erwerber herauszugeben; doch haftet er nicht für den Zufall. Er kann Erstattung Dessen fordern, was er auf die Antretung der Erbschaft und auf die letztere verwendet hat, insbesondere bezahlte Schulden, Vermächtnisse, Abgaben und Begräbnißkosten."

§ 2377. „Die Verbindlichkeit des Veräußerers zur Herausgabe Dessen, was er, von Zeit der Veräußerung an, aus der Erbschaft erlangt, richtet sich nach dem Geschäfte, durch welches die Veräußerung erfolgt ist." [2])

Code civil art. 1697. „S'il avait déjà profité des fruits de quelque fonds ou reçu le montant de quelque créance appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente."

---

[1]) So auch das Baierische Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. 4 § 7: „... Muß der Verkäufer ... auch 2do die Tempore delatae Haereditatis abgefallenen Fructus, nebst allem andern, was der verkauften Erbschaft zugewachsen ist, abtreten, und hindert 3tio nicht, daß solches zur Zeit des Verkaufes nicht mehr in seinen Händen, sondern schon vorher verzehrt oder veräußert worden."

[2]) Vergl. auch den Großh. Hessischen Entwurf Buch II Art. 36. „Der Verkäufer hat, in Ermangelung einer anderweitigen Verabredung, alle Vortheile, welche ihm bis zum Vollzuge des abgeschlossenen Verkaufs aus der Erbschaft erwachsen sind, dem Käufer zu überlassen. — Er hat ihm zu dem Ende ... alles, was er aus der Veräußerung von Erbschaftsgegenständen erlöst, oder aus der Beitreibung von Erbschaftsforderungen vereinnahmt hat, sammt allen aus der Erbschaft gezogenen Früchten abzuliefern, und den Werth der Erbschaftsgegenstände, welche er unentgeltlich veräußert hat, zu vergüten ..."

Bayerischer Entwurf Th. II Art. 342. „Ist der Erbe bereits vor Uebertragung der Erbschaft in den Besitz von Erbschaftssachen gelangt, ... so hat er die Sache mit den von ihm gezogenen Früchten herauszugeben ..."

Art. 1698. „L'acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession . . ." [1])

Gewährleistung.

§ 484. «Der Verkäufer darf dem Käufer nur das Erbrecht selbst, nicht aber die einzelnen in dem Nachlasse befindlichen Sachen oder Gerechtsame vertreten.»

§ 485. «Vielmehr ist insoweit der Erbschaftskauf einem Kaufe in Pausch und Bogen gleichzuachten.»

34. Ulp. l. 2 pr. D. h. t.: Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, quum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset. Plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

Paul. l. 14 § 1 eod.: Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet; quanta autem hereditas est, nihil interest.

L. 1 C. de evict. (8, 45): Emtor hereditatis rem a possessoribus sumtu ac periculo suo persequi debet. Evictio quoque non praestatur in singulis rebus, cum hereditatem jure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.

Vinnii select. jur. quaest. Lib. II cap. VIII: . . . Si ipsa hereditas veneat, non tenetur venditor ullam rem hereditariam emtori tradere, nisi quam habet in sua potestate. Et rursus non tenetur in singulis rebus hereditariis praestare auctoritatem seu evictionem. Ratio differentiae est, quia hereditas nomen juris est, et qui hereditatem vendit, non vendit res corporales, quae in hereditate continentur, sed jus successionis, quod est incorporale, atque hoc jus esse, id est, esse hereditatem, et se heredem esse dolumque malum praestare tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, nisi ea, quae ad ipsum pervenerunt, vel quae dolo fecit, ne ad se pervenirent . . .

Id. Lib. 1 cap. LV i. f.: . . . quasi per aversionem jus omne, quod heres habet, venditum videtur, quo commoda et incommoda omnia continentur . . .

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavaricus civilis) Th. IV Kap. 4 § 7: „. . . Dagegen leistet er (der Verkäufer) 5to für die aus der Erbschaft evincirten sonderbaren Stücke keine Gewährschaft. Viel weniger hat 6to das Aedilitium edictum wegen des an dergleichen Stücken ver-

---

[1]) Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) II. § 369.

spürten Mangels statt, und wird auch 7mo kein gewisses Erbschafts-Quantum gewährt, sofern solches nicht ausdrücklich specificirt und vergewisset ist."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1283. „Hat man bey dem Verkaufe der Erbschaft ein Inventarium zum Grunde gelegt, so haftet der Verkäufer für dasselbe. Ist der Kauf ohne ein solches Verzeichniß geschehen, so haftet er für die Richtigkeit seines Erbrechts, wie er es angegeben hat . . ." [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2381. „Ist die Erbschaft gegen eine Gegenleistung veräußert, so haftet der Veräußerer weder für Fehler, noch für Entwährung der einzelnen erbschaftlichen Gegenstände, wohl aber für die Richtigkeit des Erbrechtes, wie er es angegeben hat, insbesondere auch, wenn er Vermächtnisse, Anwartschaften, Auflagen und seinem Erbrechte beigefügte auflösende Bedingungen verschwiegen hat."

Code civil art. 1696. „Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier." [2])

---

§ 486. «Auch der Käufer kann, wegen eines Mißverhältnisses im Preise, von dem Kaufe niemals zurücktreten.»

35. Hiermit ist eine gemeinrechtliche Controverse nach der herrschenden Ansicht entschieden.[3])

---

[1]) Vergl. § 1278 „. . . Wenn bei dem Kaufe kein Inventarium zum Grunde gelegt wird, ist auch der Erbschaftskauf ein gewagtes Geschäft."

Unger, österreich. Erbrecht S. 226 Note 12 bemerkt dazu: In diesem Falle mag man den Erbschaftskauf immerhin ein gewagtes Geschäft nennen; aber ein Glücksvertrag oder ein Hoffnungskauf ist er durchaus nicht: non enim alea venditur, sed res l. 7 D. h. t. Dies ist der Erbschaftskauf nur dann, wenn die Erbschaft bona fide als eine noch ungewisse und zweifelhafte verkauft wird l. 10—13 D. h. t.

[2]) Marcadé, Abriß des Franz. Civilr. (in's Deutsche übertragen von A. Pfaff) II. (Heidelberg 1865) S. 327, 328: Wer (absolut und ohne Zusatz, wie auch ohne Beschränkung) seine Erbrechte, aktive wie passive, verkauft, garantirt kraft Gesetzes nur für die Existenz seines Erbtitels und für seine persönlichen Handlungen. Diese Gewähr umfaßt das Versprechen folgender vier Dinge: 1) daß die genannte Erbschaft bereits eröffnet ist; — 2) daß der Verkäufer entweder zu dem Ganzen oder zu dem von ihm angegebenen Betrag berufen ist; — 3) daß er nicht verzichtend, oder unwürdig, oder durch ein Universallegat ganz oder zum Theil davon ausgeschlossen ist; — 4) daß er Nichts unternimmt, was das zu übertragende Recht mindern oder stören könnte.

[3]) Vergl. Glück, Comment. XVII S. 103—105 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

Puchta, Vorles. II S. 211, 212 sagt: Soweit eine Erbschaft als ein Gegenstand von unsicherem Betrage anzusehen ist, kann nicht von einer

Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. III tit. IV def. 15: Remedio l. 2 C. de rescind. vend. locus esse nequit in venditione hereditatis propter incertum heredis nomen incertitudinemque pretii hereditatis, intuitu aeris alieni, quod quotidie potest emergere etiam post longum tempus: et hereditas esse potest, licet nihil sit in hereditate, imo valet hereditatis venditio licet damnosae, ut enim lucrum, ita et damnum hereditatis spectat emtorem. Unde vulgo dicitur heredis qualitatem non esse in pretio . . . Et ita Senatus (suprema Frisionum curia) censuit 27. Octobr. 1615.

Erkenntniß des Tribunals zu Berlin von 1778: In Betreff der Frage: ob exceptio laesionis enormis bei der emtio venditio hereditatis stattfindet, ist die verneinende Meinung (Voet ad D. 18, 5 § 15 und Besecke de alienat. hered. C. 10 § 135) nach l. 14 h. t. gewiß vorzuziehen . . . Das remedium ex l. 2 C. de resc. vend. setzet emtionem rei certae seu ejusmodi, quae certam aestimationem recipit, voraus, weshalb solches in emtione spei et in universitate juris vendita nicht stattfindet. Boehmer Introd. ad D. 18, 5 § 1. Dies gilt auch von Erbschaften, wie die Rechtslehrer, welche die vorgedachte Frage bejahen, besonders Leyser, gleichfalls einräumen. Ihr Unterschied zwischen einer hereditas delata und deferenda ist lege non distinguente ohne Grund, und von beiden läßt sich emtio spei so lange prädiciren, so lange nicht die Beträchtlichkeit der verkauften Erbschaft ausgemittelt, ein Inventar errichtet und der status activorum et passivorum in Gewißheit gesetzt worden. (Hymmen, Beiträge zur jurist. Litt. Samml. V S. 117 ff.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 17. August 1842: Die Einrede der Verletzung über die Hälfte ist mit Recht verworfen worden, theils weil ganze Vermögensmassen oder ideale Theile derselben einen Gegenstand des gewöhnlichen Verkehrs nicht bilden, einen festen Marktpreis folglich nicht haben können, und der Werth eines ganzen Vermögens nicht nothwendig in der Gesammtsumme des Schätzungswerthes aller dazu gehörenden einzelnen, in ihrer Isolirung den Verkaufsgegenstand nicht bildenden Sachen besteht, wie denn namentlich bei dem Verkaufe einer Erbschaft jene Einrede nach der richtigen Meinung für unzulässig erklärt wird;

Glück, Commentar Band 17 S. 103,
Voet, Comment. lib. 18 tit. 15 § 15,
Vinnius, quaest. sel. I. cap. 57;

theils weil der vorliegende Vertrag wegen der mit dem Vermögen zu übernehmenden bekannten und unbekannten Schulden und sonstigen Lasten als ein gewagtes Geschäft, wobei jeder Contrahent ebensogut gewinnen als ver-

---

laesio enormis die Rede sein. Diesen Charakter eines gewagten Geschäfts erhält der Erbschaftskauf nicht bloß durch eine etwaige Unsicherheit der Ausstände, sondern auch durch die Ungewißheit der passiva, welche der Käufer übernimmt. Aber es ist möglich, daß eine solche Ungewißheit nicht existirte oder nicht in diesem Umfange auf die Bestimmung des Preises influirte; dann wäre kein Hinderniß der Anwendung jenes Rechtssatzes vorhanden.

lieren kann, und als ein Vergleich, welcher wegen einer Verletzung über die Hälfte allein, ohne das Hinzutreten anderer, hier nicht behaupteter Ursachen, regelmäßig nicht angefochten werden kann,

Thibaut, Versuche ꝛc. Band II. Abh. 11
Glück, Commentar Band 5 S. 90

betrachtet werden muß.

(Seuffert, Archiv VI. Nr. 23.)

Wenn gar kein Erbrecht gewährt werden kann.

§ 487. «Kann der Verkäufer dem Käufer gar kein Erbrecht gewähren, so muß er den erhaltenen Kaufpreis zurückzahlen.»

§ 488. «Ein Gleiches findet Statt, wenn der Verkäufer dem Käufer zwar ein wirkliches, aber ein mit Substitution oder Fideicommiß beschwertes Erbrecht verkauft, und die Belastung demselben nicht bekannt gemacht hat.»

§ 489. «Außer dem Ersatze des Kaufpreises haftet der Verkäufer dem Käufer, nach Verhältniß seines bei Schließung des Vertrages begangenen Versehens, auch für das aus der Nichtigkeit desselben erwachsende Interesse.»

§ 490. «Doch kann der Käufer dasjenige, was die Erbschaft mehr werth gewesen ist, als er dafür gegeben hat, unter dem Vorwande eines entgangenen Gewinnes, niemals fordern.»

36. Diese Vorschriften sind in mehrfacher Hinsicht zu bemängeln: zunächst darin, daß sie den Fall der Nichtigkeit des Vertrages mit den Fällen, in denen es sich um Gewährleistung — also um die rechtliche Wirkung eines gültigen Vertrages — handelt, zusammenwerfen.

Nichtig ist der Vertrag, wenn „eine wirklich angefallene Erbschaft" (§ 445 d. T.) gar nicht vorhanden ist.[1])

---

[1]) § 505 d. T. „Ergibt sich nach geschlossenem Kaufe, daß der vermeintliche Erblasser damals noch am Leben gewesen, so bleibt das Geschäft nichtig, wenn auch der Tod desselben bald hernach erfolgt wäre."

§ 506. „Hat einer von beiden Contrahenten gewußt, daß der angebliche

Pompon. l. 1 D. h. t.: Si hereditas venierit ejus, qui vivit, aut nullus sit, nihil est acti, quia in rerum natura non sit, quod venierit.

Paul. l. 7 eod.: Quum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emtio . . ., quae si non est, non contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur.

Es findet daher hier wegen des Mangels eines Vertrages nur die Condiction des Gegebenen ſtatt. — Beſteht dagegen ein wirklicher Erbſchaftskauf, der aber eines rechtlichen Hinderniſſes wegen nicht zur Erfüllung gelangen kann — ſei es, weil der Veräußerer nicht Erbe, oder ſein Erbrecht mit fideicommiſſariſcher Subſtitution belaſtet iſt — ſo tritt nun als rechtliche Folge des Vertrages die Gewährleiſtungspflicht des Verkäufers in Wirkſamkeit.[1])

Javolen. l. 8 D. h. t.: Quodsi nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emtori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur; si nulla est, de qua actum videatur, pretium duntaxat, et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur. Paul. l. 9 eod. Et si quid emtoris interest.[2])

Erblaſſer noch nicht verſtorben ſei, ſo muß derſelbe dem anderen Theile alle durch den nichtigen Vertrag entſtandenen Schäden und Koſten erſtatten."

[1]) Voet, com. ad P. XVIII, 4 nr. 4: . . . Multum interim evictionis praestandae intuitu refert, utrum distracta sit hereditas, quae nuspiam apparebat, an talis, quae aliena erat, an denique ea, quae venditori quidem quaesita fuerat, sed ex causa fideicommissi, cum illam ut directam vendidisset. Si enim intervenerit venditio hereditatis, quae in rerum natura non est, veluti hominis adhuc viventis, evictio proprie praestanda non est, quia sine re, quae veneat, emtio nulla aut venditio intelligi potest; sed pretium duntaxat emtori reddendum, ac si quid in venditionem illam ipso jure nullam ab emtore impensum fuerit, et si quid amplius emtoris intersit. Sin vero appareat hereditas vendita, sed ad venditorem non pertineat, ipsa aestimanda, ac in ejus aestimationem venditor damnandus est, secundum evictionis naturam.

[2]) Jhering in ſeinen und v. Gerber's Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. und deutſch. Privatr. IV. S. 10 bemerkt: Den Fall der l. 8 cit. haben wir uns nicht etwa ſo zu denken, als hätten die Parteien gar keine beſtimmte Erbſchaft im Auge gehabt — bei einem ſo abgeſchmackten Handel würde der Käufer, wenn er in Schaden käme, ſich ſelbſt anzuklagen haben — ſondern die Worte der Stelle zeigen, daß der Juriſt zwei Fälle ſich hat gegenüberſtellen wollen: es iſt objectiv eine Erbſchaft vorhanden, aber ſie gehört nicht dem Verkäufer — hier kann auf Erfüllung geklagt werden — und die Erbſchaft, welche die Parteien im Sinne hatten, iſt objectiv nicht vorhanden, z. B. weil der (angebliche) Erblaſſer gar nicht verſtorben oder der Verkäufer eine Perſon als Erblaſſer vorgeſpiegelt hat, welche gar nicht exiſtirt — hier greift die Schadenserſatzklage Platz.

Brunnemann, com. in P. ad l. 8 cit.: Vendit quidam ex errore hereditatem, quae forte in rerum natura non est; vel si est, ad venditorem non pertinet. Quid hoc casu praestare debet venditor? R. priori casu pretium cum omni interesse praestabit; posteriori casu vero aestimabitur hereditas, et non poterit se venditor liberare praestando pretium, quia hereditas potest forte pluris esse.[1])

Diese Gewährleistungspflicht ist aber in jenen Bestimmungen in einer Weise beschränkt, wie es sich mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht in Einklang bringen läßt.[2])

In den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts" II. (1858) S. 191 wird hierüber gesagt:

> Auch hier begegnen wir wieder der unrichtigen Anschauung (auf welche auch Koch aufmerksam macht), daß ein Vertrag, dessen an sich möglicher Gegenstand von dem Verpflichteten nicht geleistet werden kann, als nichtig erscheine, und es daher nur darauf ankomme, dem Berechtigten zum Ersatze des durch die Eingehung des

---

[1]) Die Franz. Jurisprudenz nimmt einen solchen Unterschied nicht an. Code annoté de Sirey (edit. par Gilbert) p. 811 nr. 13: Le vendeur, tenu à garantie, doit restituer le prix, le frais et loyaux coûts, et payer, s'il y a lieu, les dommages-intérêts à l'acheteur, sans qu'il y ait de distinction à faire entre le cas où la garantie est due, parceque l'hérédité n'est pas onverte, et le cas, où la garantie est due, parceque le vendeur n'est pas héritier. Duvergier t. 2 nr. 313 et s. Vergl. Marcadé, Abriß des Franz. Civilr. (in's Deutsche übertragen von A. Pfaff) II. S. 328.

[2]) Die gedachten Vorschriften stimmen jedoch mit den beim gewöhnlichen Kaufe so wie bei Cessionen rücksichtlich des Umfanges der Gewährleistung angenommenen (gleich ungerechtfertigten) Grundsätzen überein und sind gerade durch diese veranlaßt worden.

Suarez sagt hierüber in einer Revisionsbemerkung:

> Die Folgen, wenn aus einer oder der anderen Ursache der Kontrakt rückgängig wird, werden näher zu bestimmen sein. Daß der Verkäufer das pretium herausgeben müsse, versteht sich von selbst, daß er pro gradu culpae dem Käufer wegen Schäden und Kosten hafte, ist ebenfalls unbedenklich. Daß wenn der Käufer in dolo vel culpa lata versirt, er dem Käufer auch das lucrum cessans, welches hier der höhere Betrag der Erbschaft sein würde, vertreten müsse, ist zwar der Analogie vollkommen gemäß. Allein da man schon im Titel vom Kauf angenommen hat, daß der Kreditor, wenn dem emtori die Sache ganz entzogen worden, dennoch für den höheren Werth, den sie tempore der Entziehung gehabt hat, nicht haften dürfe, so wird man wohl auch hier eben das principium beibehalten müssen. Hingegen findet wegen der Nutzungen und Zinsen völlig eben das statt, was wegen der Eviktion bei einem gewöhnlichen Kaufe verordnet ist.

Bornemann, Syst. Darst. (2. Ausg.) VI. S. 353.

Digitized by Google

Geschäfts erlittenen Schadens zu verhelfen, also m. a. W. den Vermögenszustand der Parteien so wiederherzustellen, wie er vor dem Abschlusse des Geschäftes war. — Hiermit ist aber den Anforderungen der Gerechtigkeit nur sehr unvollkommen genügt.

Ist der Erbschaftskauf an sich gültig, so gibt er auch dem Käufer einen wohlbegründeten Anspruch auf die Gewährung der ihm verkauften Erbschaft. Ist der Verkäufer außer Stande, seiner Verpflichtung zur Uebertragung der Erbschaft selbst nachzukommen, so hat dies keine andere Folge, als daß nunmehr die durch den Vertrag begründete Gewährleistungspflicht des Verkäufers in Wirksamkeit tritt, welche eben darin besteht, den Käufer für die ihm entzogene Erbschaft vollständig schadlos zu halten.

Von diesem allein richtigen Gesichtspunkte faßt das römische Recht die Sache auf.

Wenn mehrere Miterben sich finden.

§ 492. «Finden sich vorher nicht bekannte Theilnehmer an dem verkauften Erbrechte, so hängt es von dem Käufer ab, von dem Contracte zurückzutreten.»

§ 493. «Will er dieses, so finden die Vorschriften § 487 sqq. Anwendung.»

§ 494. «Will er aber bei dem Contracte stehen bleiben, so muß das verabredete Kaufgeld, nach Verhältniß der dem Käufer zustehenden Erbportion, herabgesetzt werden.»

37. Der hier vorausgesetzte Fall steht mit dem in den §§ 164 ff. d. T. behandelten Falle theilweiser Entwährung der verkauften Sache auf gleicher Linie und ist daher nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen.

Bei bedingten Erbschaften.

§ 495. «Ist die Erbschaft dem Verkäufer nur unter einer Bedingung zugefallen, und dieses bei Abschließung des Kaufes beiden Theilen unbekannt gewesen, so ist der ganze Vertrag nichtig.»

§ 496. «Hat aber der Verkäufer die ihm bekannte Bedingung dem Käufer verschwiegen, so ist Letzterer von dem Vertrage abzugehen berechtigt.»

§ 497. «Alsdann finden die Vorschriften § 487 sqq. ebenfalls Anwendung.»

§ 498. «Ist jedoch die dem Erbanfalle beigefügte aufschiebende Bedingung so beschaffen, daß deren Erfüllung von dem Verkäufer abhängt, so steht diesem frei, durch die sofort zu leistende Erfüllung derselben, dem Mangel abzuhelfen, und den Vertrag aufrecht zu erhalten.»

§ 499. «Auch der Käufer kann ihn dazu durch gerichtliche Zwangsmittel anhalten, wenn ihm daran gelegen ist, daß der Contract bestehen bleibe.»

§ 500. «Ist die Bedingung auflösend und von der Beschaffenheit, daß es in der Gewalt des Verkäufers steht, das Nichteintreten der Bedingung zu bewirken, und kann dieses sogleich geschehen; so gelten auch in diesem Falle die §§ 498, 499 ertheilten Vorschriften.»

§ 501. «Kann der Verkäufer dasjenige, was, um das Eintreten der auflösenden Bedingung zu verhüten, geschehen muß, nicht sogleich bewerkstelligen; der Käufer aber will dennoch bei dem Contracte verbleiben; so ist er befugt, von dem Verkäufer Sicherheit für alles das zu fordern, was ihm dieser zu leisten haben würde, wenn durch den Eintritt der Bedingung das Erbrecht verloren gehen sollte.»

§ 502. «Ist die Bedingung von der Art, daß deren Erfüllung von dem Käufer selbst geleistet werden kann, so hängt es von diesem ab, sich derselben zu unterziehen, und wegen des daraus für ihn entstehenden Nachtheils Entschädigung von dem Verkäufer zu fordern.»

§ 503. «Wenn andere rechtliche Hindernisse das Erbrecht selbst, oder dessen Ausübung, oder auch die Erlangung des Besitzes und Genusses einzelner Erbschaftsstücke aufhalten, oder erschweren; so ist der Käufer eine Entschädigung dafür, die er sich nicht ausdrücklich vorbehalten hat, zu fordern nicht berechtigt.»

§ 504. «Er kann aber Entschädigung verlangen, wenn die Hindernisse oder Schwierigkeiten durch das eigene

grobe oder mäßige Verſehen des Verkäufers entſtanden ſind.»

38. Das Landrecht verliert ſich hier nach gewohnter Weiſe in eine ſehr breite Caſuiſtik, die für den Rechtsverkehr ohne allen Werth iſt. Es bedarf ſolcher für alle möglichen Fälle berechneten Satzungen nicht, da ſchon die allgemeinen Rechtsgrundſätze die Entſcheiduug an die Hand geben werden.

In Betreff der folgenden §§ 505, 506 wird auf Nr. 35 verwieſen. Die §§ 507—510 „vom Abſchoſſe bei Erbſchaftskäufen" haben mit der Aufhebung des Abſchoßgeldes ihre praktiſche Bedeutung verloren.

Vierter Abschnitt.

Von einseitigen letztwilligen Verfügungen: Testamenten und Codicillen.

Allgemeines Landrecht Th. I. Tit. 12.[1])

Begriffe und Grundsätze.

§ 1. «Ueber Alles, was der freien Veräußerung eines Menschen unterworfen ist, kann[2]) derselbe auch auf den Todesfall nach Gutbefinden verfügen.»

§ 2. «Dergleichen Verfügungen können sowohl durch einseitige Willenserklärungen, als durch Verträge getroffen werden.»

1. Cicero, Philippica 2, 42: In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.

---

[1]) Dieser Titel ist überschrieben: „Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche aus Verordnungen von Todeswegen entstehen." — Ueber den Anschluß desselben an den 11. Titel, handelnd „von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen," sagt Heydemann, Einleit. in das Syst. des Preuß. Civilr. I. (Leipzig, 1859) S. 44, 45: „Der sofortige Anschluß sämmtlicher Verordnungen von Todeswegen im zwölften Titel kann um so weniger auffallen, jemehr man sich die Geschichte der Entstehung des Systems vergegenwärtigt. Es handelt sich eben um die „„Titel zur Erwerbung des Eigenthums, welche aus Verordnungen von Todeswegen entstehen"" ... Daher kommt es, daß der zwölfte Titel im ersten Abschnitte die eigentlich-letztwilligen Verfügungen, wie Testamente, Codicille und Fideicommisse (Römischen Ursprunges) und im zweiten Abschnitte die Erbverträge (Germanischen Ursprunges) als tituli mortis causa auffaßt, welche zum Eigenthums-Erwerbe führen. Von einer Tradition im eigentlichen Sinne kann dabei freilich keine Rede sein. Die Mittelbarkeit liegt hier vielmehr blos in der durch den Tod des früheren Eigenthümers eintretenden Erledigung des Besitzes zu Gunsten des neuen Erwerbers, auf Grund jenes — meistens durch den früheren Eigenthümer selbst im Voraus constituirten — titulus mortis causa. Der Uebergang und Erwerb des Eigenthums auf erbrechtlichem Wege wird also vermittelt durch einen Rechtsact, den der

Quinctiliani declam. decl. 308: Neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem. Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.

Imp. Constantinus, l. 1 C. de sacrosanct. eccles. (1, 2): ... Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit arbitrium.[8])

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Herzogthums Württemberg von 1610 Th. III Tit. II: „Dieweil bei allen Völkern und sonderlich in dem Heiligen Römischen Reich, einem jedem vergunnt, seiner Zeitlichen Haab und Güter halber, Testamenten auffzurichten: So mögen Unsere Underthanen ohne unterschid, ihres gefallens, wie sich gebührt, testieren; Es weren dann sondere Ursachen und Mängel vorhanden, darumb einem, auch vermög gemeiner beschriebenen Rechten zu testieren verbotten."

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavar. civ.) Th. III Kap. II § 2: „Was Jemand verstandenermaßen auf seinen künftigen Todesfall von dem Seinigen disponirt und verordnet, das heißt regulariter ein letzter Wille

---

Erblasser allein vorgenommen oder an welchem er doch Theil genommen hat oder welcher sonst in (vertragsmäßiger) Beziehung zu seinem Nachlaß steht u. dgl. m. Einer Tradition bedarf es aber auch hier so wenig wie bei der gesetzlichen Erbfolge. Auch auf den Testaments-, den Vertrags-Erben, den Legatar u. s. w. geht durch den Tod des Erblassers das Eigenthum ipso jure über, — wenn man nicht in dem Satze, daß der Todte den Lebendigen erbt (oben Tit. 9 Abschn. 8) eine quasi traditio suchen will.

[8]) S. Stryk, de cautel. test. Cap. 1 § V: Hoc ex omnium confessione certum, necessitatem condendi testamentum nec jure divino, nec humano, nec per ullius loci statuta cuipiam injunctam, sed potius libertatem relictam esse, testatus an intestatus decedere velit; unde ambulatoriam hominis voluntatem ad mortem usque esse permiserunt.

[9]) Vinnii com. in pr. J. 2, 10 nr. 3: ... Reperiuntur tamen, qui testamenti factionem toto suo genere juris mere civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt quod dicimus, rem ipsam simpliciter et per se consideratam esse juris gentium. Negant, rationi et simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere ajunt, quia disponit in id tempus, quo dominus esse desinit. Sed assumptio haec falsa est. Non enim de re alienа, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, et quid fieri velit, ordinat, licet executionem voluntatis in tempus mortis suae suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quam si quis bona sua omnia alicui donaret sa lege, ut ipse, quoad vivat, usum possessionemque eorum retineat. Nam, ut recte docet Grotius de jure belli ac pacis lib. II c. 6 nr. 14, testamentum vi ipsa nihil aliud est, quam alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi ...

(ultima Voluntas), und wird nach dem Unterſchiede der Dispoſitionen bald ein Teſtament, bald ein Codicill, Legat, Donation oder Fideicommiß genannt.“ [1])

---

[1]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: ... Ob die Befugniß, eine ſolche Dispoſition zu machen, nur juris positivi allein, oder auch naturalis ſey, iſt ein Problema juridicum, welches ſeine Vertheidiger ſowohl pro als contra hat. Quoad modum dispositionis iſt man unanimiter verſtanden, daß er nur a Jure positivo abhange. Quoad substantiam und in abstracto halten Viele ein gleiches dafür. Denn da das Eigenthums-Recht durch den Tod völlig aufhört, juxta illud Ciceronis: Hoc quasi ex oraculo editum, nil post mortem ad nos pertinere, ſo können ſie die Dispoſition, welche erſt in dem nemlichen Moment, da man nicht mehr Herr und Meiſter von der Sache iſt, zu Kräften kommen ſoll, mit der Vernunft nicht recht combiniren ... Dem ohngeacht findet die widrige Meinung weit größeren Beifall ... und dieſe adoptirt auch Kayſer Constantinus in l. 1 Cod. de S. S. Eccles ...

Vergl. Leibnitz, Nova Methodus Jurisprud. pars spec. § 20 p. 43: Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis, sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum, quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam.

Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wiſſenſchaftslehre. 2. Theil oder Angewandtes Naturrecht (Jena und Leipzig 1797) S. 92, 93: Durch ein Teſtament wird etwas verſchenkt nach dem Tode des Schenkers. Es iſt hierbei die wichtige Frage: wie kann der Wille eines Verſtorbenen, die Lebenden verbinden? Der Begriff des Rechts gilt nur auf Perſonen, die in wechſelſeitigem Einfluſſe auf einander in der Sinnenwelt ſtehen können, und wirklich ſtehen. Der Todte hat ſonach auf den erſten Anblick keine Rechte: und ſein Eigenthum fällt dem Staate anheim, der der erſte Beſitznehmer iſt, da kein Einzelner ohne ſeine Erlaubniß Beſitz nehmen darf. Aber es iſt ſehr möglich, daß ein Menſch in ſeinem Leben Wünſche hege für andere, auf die Zeit nach ſeinem Tode. Der feſte Glaube, daß dieſelben werden erfüllt werden, oft ein wirklicher Vortheil, der aus dem feſten Glauben der dabei Intereſſirten entſteht, z. B. beſſere Pflege, Anhänglichkeit und Liebe derer, die wir zu Erben einſetzen können, ſind ein beträchtliches Gut im Leben. Kurz die Ueberzeugung von der Gültigkeit der Teſtamente, iſt ein Gut für die Lebenden, auf welches ſie wohl auch ein Recht erlangen können. Nur aus dieſem Geſichtspunkte hat man die Sache anzuſehen. Es iſt keineswegs vom Rechte der Todten die Rede; die Todten haben keine Rechte, ſondern nur vom Rechte der Lebendigen.

Röder, Grundzüge des Naturrechts (2. Auflage, Leipzig und Heidelberg 1863) Abth. II § 105: Eine der folgenreichſten Bethätigungen des Individualitätsrechts gibt ſich kund in der letztwilligen Verfügung ... So gewiß es überhaupt um der Individualität willen ein Sondereigenthum geben muß, ſo gewiß muß auch das Individuum das Recht haben über Alles dahin Gehörige nicht nur für die Zeit ſeines Lebens, ſondern auch für den Todesfall zu verfügen ... Es muß Jedem unbenommen ſein, letztwillig zu

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 552. „Die Anordnung, wodurch ein Erblasser sein Vermögen, oder einen Theil desselben Einer oder mehreren Personen widerruflich. auf den Todesfall überläßt, heißt eine Erklärung des letzten Willens.“ [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachen § 2061. „Ein letzter Wille ist die einseitige Verfügung einer physischen Person über Das, was nach ihrem Tode, insbesondere rücksichtlich ihres Vermögens, geschehen soll.“

2. Das nach den obigen Belägen der Quellen aus dem römischen Rechte [2]) entnommene und in die ältere wie in die neuere deutsche

---

verfügen über das gesammte, meist aus Nutzgütern bestehende Vermögen, mittelst dessen er bei Lebzeiten außer den eigenen auch der Seinigen Bedürfnisse zu bestreiten hatte. In letzterer Beziehung muß ihm, als Haupt der Familie und Verwalter des Familienguts, auch für den Todesfall nach bestem Ermessen jede Anordnung zustehen, wodurch er nicht offen die ihm als solchem obliegenden Pflichten aus den Augen setzt. — Endlich muß überhaupt einem Jeden das Recht zugestanden werden durch an sich vernünftige und gemeinnützige Anordnungen, deren Anerkennung von Seiten der Gesellschaft und deren Fortbestand ebendarum von seinem Leben und Sterben nicht abhängig sein kann, Gutes zu stiften und dadurch sich selbst ein Denkmal zu setzen. § 207 . . . Letzte Willenserklärungen enthalten das einzige Mittel, die allgemeine Ordnung der Erbfolge und Erbtheilung, die das Gesetz nach seiner besten Einsicht von der Natur der Familien- und Verwandtschaftsverhältnisse aufzustellen versucht hat, näher so zu bestimmen (beziehungsweise zu berichtigen und zu vervollständigen) wie es erfordert ist um sie der Besonderheit der Umstände bei gerade diesem Erbfall anzupassen; da sonst der Buchstabe des Gesetzes in vielen Fällen dessen Geist tödten würde. Wie überhaupt die Rechtsgesellschaft den Einzelnen in sehr vieler Hinsicht, und im Zweifel immer, auch über ihren Tod hinaus vertrauen muß, so muß sie ihnen auch freie Hand lassen, von der, bloß auf durchschnittliche Wahrscheinlichkeit gestützten, gesetzlichen Erbregel ab- und zuzuthun, soweit, aber auch nicht weiter, als die Aenderung den wirklichen Lebensverhältnissen und Bedürfnissen aller Betheiligten entspricht, und sonst durch den Geist und Zweck des Gesetzes selbst gerechtfertigt ist.

Vergl. dagegen Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts (Leipzig, 1861) S. 596: Der große Irrthum der Neueren, daß das Testament naturrechtlich sei, hat durch die wahrhafte Entwickelung der Idee und Geschichte des Testamentes seine so erschöpfende Auflösung gefunden, daß seine wissenschaftliche Fortdauer fortan unmöglich ist.

[1]) Unger, Syst. des österreich. Privatr. II S. 42 Note 12: Letzte Willenserklärungen im engeren Sinne sind nur die widerruflichen, da sie durch Unterlassung des Widerrufs in der That zum letzten Willen werden; in diesem engeren Sinn nimmt auch der § 552 die Erklärung des letzten Willens.

[2]) Vergl. van Bynkershoek, Obser. jur. Rom. Lib. II cap. II de origine successionis in causa testati.

Gesetzgebung übergegangene Grundprinzip, wie es der § 1 unseres Titels ausspricht, enthält eine vollständige Abweichung von dem germanischen Recht.

C. A. Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem röm. und german. Rechte I. (Rostock und Schwerin 1853) S. 338, 339: Nach den Grundprincipien des germanischen Rechts kann von einer Befugniß des Einzelnen, über die Vererbung seines Vermögens subjectiv willkürliche Vorschriften aufzustellen, natürlich von vornherein keine Rede sein. Die Erbfolge sowohl als die Erbtheilung sind nach dem Princip der sittlichen Nächstberechtigung ein für allemal geregelt. Es bedarf daher keines Testaments, damit das Vermögen denjenigen zu Theil wird, denen es nach dem Tode des Erblassers von Gott und Rechtswegen zukommt; ebensowenig aber kann dem Einzelnen das Recht zugestanden werden, jene nach sittlichen Principien geregelte Erbfolge aus bloßer Laune oder verwerflichen Motiven willkürlich zu brechen. Aus dem Eigenthum des Menschen an seinem Vermögen läßt sich eine solche Befugniß nicht ableiten. Denn das Eigenthum ist nach germanischer Ansicht eben nur ein sittlich beschränktes Recht, und gerade die sittliche Stellung des Menschen zu seinen nächsten Blutsverwandten und natürlichen Erben und die dadurch begründete sittliche Pflicht, sein Vermögen für dieselben zu erhalten legt ihm schon in Betreff der Veräußerungen unter Lebenden wesentliche Beschränkungen auf, und es kann daher noch weniger von einer Befugniß, durch letztwillige Verfügungen sein Vermögen seinen natürlichen Erben zu entziehen, die Rede sein. Daher ist denn auch das Institut der Testamente dem germanischen Rechte ganz unbekannt.

Bluntschli, Erläut. zu dem privatrechtl. Gesetzbuche für den Kanton Zürich IV S. 117 f.: Der alte germanische Grundgedanke: „Die Erbfolge ist von Rechtswegen durch die bestehenden Familienverhältnisse (Verwandtschaft und Ehe) geordnet," ist noch die Regel unseres Rechts und unserer Sitte. Wir gestatten zwar seit Langem auch dem Willen des Erblassers einigen Einfluß auf die Nachfolge in seine Verlassenschaft und haben den schroffen Grundsatz unserer alamannischen Vorfahren vor tausend Jahren, daß Niemand berechtigt sei, über seinen Tod hinaus zu verfügen, seit mehreren Jahrhunderten verlassen. Aber noch immer verhält sich alle auf letztem Willen beruhende Erbfolge gegen die gesetzliche Familienerbfolge nur wie die Ausnahme zur Regel. Wir setzen in der Sprache und in der Sitte immer diese als sich von selbst verstehend voraus und das Leben kennt wenig Fälle, in denen durch letzten Willen Erben berufen werden, die nicht schon zuvor als Familienerben, abgesehen von dem individuellen Willen, da waren ... Das neue Gesetz hat im Ganzen die Tendenz, die Testirfreiheit zu erweitern, ohne jedoch zu dem römischen Grundgedanken voller Testirfreiheit als Regel überzugehen ... Vielmehr hält dasselbe an dem deutschen Princip, daß das natürliche Erbrecht zunächst zu beachten sei, fest und hat daher noch eine Reihe von Bestimmungen über den Pflichttheil aufgenommen.

Eine Erweiterung der individuellen Freiheit zu letztwilligen Verfügungen schien aber durch die Zeitentwickelung geboten. So enge und in sich festgeordnet ist der Familienverband heute nicht mehr wie vor Jahrhunderten. Das ganze moderne Leben ist in höherem Grade der individuellen Entwicke-

lung günstig, und diese wirkt oft auflösend auf die Familiengemeinschaft. Ebenso ist der ganze Vermögensverkehr weit beweglicher geworden als früher und mehr von der individuellen Thätigkeit abhängig, daher gebührt auch der individuellen Verfügung ein größerer Spielraum. Dem freien Willen des Individuums kommt überhaupt in allen Gebieten des modernen Lebens ein gesteigerter Einfluß zu. Es wäre daher eine unerklärte Anomalie, wenn er im Erbrecht allein auf Beschränkungen stieße, die ihm jede Bewegung untersagten oder übermäßig erschwerten. Die Regel der Familienerbfolge verdient Beachtung; aber wo das Leben Modifikationen fordert, wo neben diesen festen Verhältnissen auch andere Pietätsbeziehungen in Betracht kommen, da soll auch die besondere Ausnahme möglich sein; da beginnt das natürliche Gebiet der Willensfreiheit. Und was durch das gesetzliche Erbrecht im einzelnen Fall nicht hinreichend bedacht ist, das soll der Erblasser, der sein ganzes Vermögen hinterläßt, bedenken, dafür soll er sorgen dürfen.

---

§ 3. «Jede einseitige Willenserklärung, wodurch Jemand zum Erben einer Verlassenschaft berufen wird, heißt ein Testament.»

3. pr. J. de test. ord. (2, 10): Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.[1])

§ 34 J. de legat. (2 20): ... Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio ...

§ 2 J. de fideic. her. (2, 23): ... inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur ...

Ulp. frag. XX, 1: Testamentum est mentis nostrae justa sententia, in id solenniter facta, ut post mortem nostram valeat.

Modestin. l. 1 D. qui test. fac. (28, 1): Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

Vinnii com. in pr. J. 2, 10 Nr. 2: ... Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus: Testamentum est suprema contestatio in id solenniter facta, ut quem volumus post mortem nostram habeamus heredem.

Christ. de Wolff, inst. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 927: Expressa declaratio voluntatis defuncti de translatione dominii rerum

---

[1]) Servius Sulpicius bei Gellius, Noct. Attic. Lib. VI cap. 12 sagt, testamentum verbum esse duplex, compositum a mentis contestatione. Ueber die Unrichtigkeit dieser Ableitung s. Glück, Comment. B. 33 S. 316 f. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon X. S. 715, 716. Arndts, Lehrb. der Pand. § 483. Brinz, Lehrb. der Pand. § 178.

post mortem suam relictarum et de eo, quod praeterea post mortem suam fieri vult, ea lege facta, ut non nisi post mortem suam acceptatio fieri possit, Testamentum dicitur.[1])

Claproth, Abhandlung von Testamenten (Gött. 1782) § 1. Testament ist eine nach gesetzlicher Vorschrift eingerichtete, einseitige, folglich widerrufliche Willenserklärung, wodurch ein Erbe ernannt und im Uebrigen verordnet wird, wie es mit unserem Vermögen gehalten werden und was sonst nach unserem Tode geschehen soll.

Frankfurter Reformation Th. 4 Tit. 2 § 7: „Daß in dem Testamente allwegen einer oder mehrere nahmhafte Erben gesetzet und ernannt werden, dieweil solche Einsetzung und Benennung des Erben das alleinige rechte Hauptstück jedes Testaments ist."

Kaiserliche Land-Gerichts-Ordnung des Stiffs Würtzburg und Hertzogthums zu Francken Th. III Tit. 42 § 1. „Dieweil dann nach besage der Rechten das fürnehmlichst wesentlich Stück und Haupt-Grund eines jeden Testamentes Institutio Haeredum, das ist, daß in demselben gewisse Erben instituiret und gesetzet werden (derenthalben auch die Testamenta erfunden)

---

[1]) Auch Hugo Grotius (de jure belli ac pacis Lib. II cap. VI § 14) faßt das Testament als einen Veräußerungsakt auf, indem er sagt: Illud quoque sciendum est, cum de alienatione agimus, sub eo genere nobis etiam testamentum comprehendi. Quanquam enim testamentum, ut actus alii, formam certam accipere possit a jure civili, ipsa tamen ejus substantia cognata est dominio, et eo dato juris naturalis. Possum enim rem meam alienare non pure modo, sed et sub conditione; nec tantum irrevocabiliter, sed et revocabiliter, atque etiam retenta interim possessione et plenissimo fruendi jure. Alienatio autem in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento jure possidendi ac fruendi est testamentum.

Mit Recht bemerkt jedoch Ziegler dazu: Testamentum ante mortem nullas adhuc dum habet vires, nec igitur alienatio vere potest dici revocabilis cum praesertim praeter voluntatem testatoris nihil desideret, et in occulto plerumque habeantur voluntates ultimae. Unde non jus tantum possidendi et fruendi, sed totum et integrum dominium etiam post factum testamentum retinct testator. Quamquam non negem, habere eum eo ipso, dum condit testamentum, intentionem alienandi.

Vergl. auch Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung (Düsseld. 1850) S. 83, 84: .... Die letztwilligen Verfügungen sind überhaupt nicht sowohl dazu bestimmt, einer Person Etwas zuzuwenden, als vielmehr dazu, das Schicksal des Vermögens nach dem Tode zu ordnen. Das ist nun allerdings nicht anders möglich, als dadurch, daß bestimmte Personen zur Succession in dasselbe berufen werden, denen dadurch denn auch — in der Regel wenigstens — ein Vortheil zugewendet wird. Aber auf jeden Fall ist dasjenige, was der Testator zunächst beabsichtigt hat, nicht dieser Vortheil; seine nächste Absicht war, zu bestimmen, wie es mit seinem Vermögen nach seinem Tode gehalten werden solle ...

und ohne solche Erbeinsetzung kein Testament Bestand, Krafft, noch den Nahmen eines Testament's haben mag ..." [1])

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bavar. civ.) Th. III Kap. III § 1. „Testament heißt eigentlich ein solcher letzter Wille, worin der Erbe directe genannt ist ..."

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 553. „Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heißt sie Testament ..."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2063. „In einem letzten Willen können Erben ernannt und neben der Erbeinsetzung, oder ohne eine solche, Vermächtnisse oder Anwartschaften angeordnet werden."

Code civ. art. 895. „Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer." [2])

4. Unser Landrecht hat in den §§ 3, 5, 6 d. T. die im römischen Recht so bedeutungsvolle Unterscheidung zwischen Testament[3]) und Codi-

---

[1]) Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Erneuerten Gemeinen Land-Recht des Herzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. XI. Von Einsatzung der Erben.

[2]) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV § 647. Das Testament ist ein in einer bestimmten Form abzufassender Akt, mittelst dessen Einer (der Erblasser) über seinen Nachlaß (über seinen gesammten Nachlaß oder über einen so vielsten Theil desselben oder über einzelne Güter) auf den Fall seines Ablebens eine widerrufliche Verfügung trifft.

[3]) Ueber die Bedeutung des Testaments im röm. Recht sagt Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren S. 346, 347: Das Testament ist das Hauptexemplar der einseitigen Akte im röm. Recht geblieben ... Zuerst ist hier zu berücksichtigen, aus welchem Anlaß der römische Rechtssinn sich zur Anerkennung eines einseitigen Rechtsgeschäfts herbeiließ. Dieser Anlaß war ein außergewöhnlicher: es handelte sich dabei um nichts Geringeres, als darum, daß, nachdem einmal durch den Fortschritt der socialen Entfaltung das alte Naturband der Generationeneinheit zerrissen worden, ein Ersatz in dem maßgebenden Willen der abscheidenden Generation, repräsentirt in den einzelnen patresfamilias, gefunden und so in einer freieren und feineren Weise die Kontinuität der Generationen aufrecht erhalten werde. Aber nur der ultima und suprema voluntas wird diese civilistische Weihe ertheilt, diese autonomische, selbstherrliche, potenzirte Zeugungskraft bewilligt: dem letzten, höchsten Willen, dem gleichsam in feierlichster Stunde des Lebens gesprochenen und bethätigten, besiegelten Willen; der Testator hält seinen Sinn auf das Lebensende gerichtet und in diesem Augenblicke wird seinem Willen eine Tragkraft über das irdische Leben hinaus gegönnt, um als Satzung für die Hinterbliebenen zu gelten.

Vergl. auch Ferd. Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts (Leipzig 1861) S. 57 f., S. 62 f. und Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 10 f.

cill aufgenommen, aber in der That nur den Wortbegriffen, nicht ihrem wahren Wesen nach. Während dasselbe einerseits dadurch, daß es die letztwillige Verfügung beider Art der Regel nach denselben Formvorschriften unterwirft, das Codicill zur Bedeutung des Testaments erhebt, schwächt es andererseits die des letzteren dadurch ab, daß es das Bestehen des Testaments von dem Eintritte der testamentarischen Erbfolge nicht abhängig macht. Auf diese Weise ist dem Unterschiede zwischen Testament und Codicill sein Fundament entzogen; beide müssen nothwendig in einander aufgehen und wir behalten nur den allgemeinen Begriff einer letztwilligen Verordnung übrig.

Dies ist auch der Anschauung des germanischen Rechts ganz gemäß.[1])

Bluntschli, deutsches Privatrecht § 200: Eine Folge der veränderten Grundansichten ist es ferner, wenn die Erbeinsetzung nicht mehr wie bei den Römern als der wesentliche und nothwendige, sondern nur als möglicher Inhalt eines Testaments betrachtet wird. Auch in dieser wichtigsten Beziehung unterscheidet sich das Testament der modernen Rechtsbildung sowohl von dem alten Geschäfte als von dem röm. Testamente. Jenes ließ die Erbeinsetzung nicht zu, dieses forderte sie, das moderne Testament, seinem Wesen nach nur eine letztwillige einseitige und widerrufliche Willenserklärung des Erblassers, läßt sie zu, fordert sie aber nicht. — Diese Auffassung ist freilich bis jetzt nur in den neueren Gesetzgebungen und auch in ihnen nicht immer folgerecht zum Durchbruch gelangt, aber sie entspricht in der That dem Rechtsgefühl des Volkes und ist auf dem Wege zu allgemeiner Geltung zu gelangen. — Ihr gemäß tritt denn auch der römische Gegensatz zwischen Testament und Codicill in den Hintergrund, als ein wesentlich formaler

---

[1]) Vergl. Schilter, Exerc. ad P. XXXVIII § VI: ... Sed et in quibusdam Galliae provinciis testamenta absque heredis institutione fiunt valide. Christin. in C. h. t. fin. et in plurimis legibus municipalibus, teste Gudelino. —

S. Stryk, Usus mod. Pand. XXVIII, 5 § 6: Hoc quoque non praetermittendum est, non ubique locorum in testamentis praecise requiri institutionem heredis, quamvis de jure Romano dicatur caput et fundamentum totius testamenti. Expresse contrarium statutum est in Statuto Hamb. P. 3 tit. 1 art. 22 hoc modo: Obwohl auch in gemeinen Rechten die Erbsetzung in einem jeden Testament für das Hauptstück gehalten wird; so sollen doch nach diesem unserm Stadt-Recht, zu Handhabung des testatoris Willen, darin kein Erbe benennet wird, für kräftig gehalten und vollstreckt werden.

Wenn Leyser sp. 300 m. 1 sagt: ... Corruit igitur testamentum, in quo heres non est institutus. Ego tamen nullum adhuc testamentum vidi, quod propterea corruerit, quamvis multa viderim in quibus nulla heredis mentio facta est — so meint er damit nur, daß der Mangel ausdrücklicher Erbesernennung das Testament nicht ungültig mache.

und untergeordneter, und es ist nicht zu tadeln, daß einzelne neuere Gesetze ihn ganz aufgegeben haben.[1])

---

§ 4. «Jede Erklärung eines Testators, woraus erhellet, daß er, nach seinem Tode, den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden wolle, ist für eine Erbeseinsetzung zu achten.»[2])

5. l. 15 C. de test. (6, 23): Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum: placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, aut inflexis: nec enim interest, si dicatur: „heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit," sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat: si modo per eam liquebit voluntatis intentio . . .[3])

Marcian. l. 48 pr. D. de her. inst. (28, 4): His verbis: „Titius hereditatis meae dominus esto," recte institutio fit.

Frankfurter Reformat. Th. IV Tit. 3, 2: „Es soll aber solches, institutio heredis, so genau und scharf in der einfältigen Leut Testamenten nicht verstanden werden, sondern, wann gleich die Wort, der Einsetzung der Erben, etwan aus Unverstand des Schreibers ausgelassen, dargegen aber andere verba communia gesetzt weren worden, daraus des Testators Will und Meynung doch abgenommen möcht werden, Als wann im Testament nach etlichen Legaten, so hingeschaft, folgten diese Worte: Das übrig alles so ich verlaß, sol N. oder N. und N. folgen und werden ꝛc. So soll es für ge-

---

[1]) Dazu gehört das bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2063 f. oben zu Nr. 3. Vergl. Siebenhaar, Comment. B. 3 S. 221, 222.

[2]) Derselbe Rechtssatz ist im § 254 d. T. ausgesprochen: „Hat Jemand einer oder mehreren Personen seinen Nachlaß dergestalt beschieden, daß die Absicht, ihnen den ganzen Inbegriff desselben allein zuwenden zu wollen, daraus erhellet, so sind die gesetzlichen Erben für gänzlich ausgeschlossen zu achten."

[3]) Donell. com. de jure civ. Lib. VI cap. XVII § 9: Hodie haec omnis observatio verborum sublata est in heredis institutione, et receptum, ut quibuscunque verbis testator significet, se hereditatem, aut bona sua universim pervenire velle ad aliquem, is recte institutus intelligatur; ut probanda sit Accursii et Bartoli sententia, his verbis recte hodie heredem institutum videri: „Titio bona mea relinquo." Nam bona simpliciter a testatore appellata, quae ille ad aliquem redire velit, pro universitate et hereditate accipiuntur, cum non potest aliter relictum valere.

Vergl. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comm. B. 40 S. 228 bis 248. Arndts in Weiske's Rechtslexicon III S. 918.

nugſam angenommen werden, eben als weren auch dieſe Wort, wie ſich ſonſt gebührt hette, hinzugeſetzt: Der oder die auch darinn meine rechte Erben ſein ſollen. Oder: die ich auch hiermit zu meinen rechten Erben ernennet und geſetzet haben will." [1])

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Hertzogthums Württemberg von 1610 Th. III. Tit. XI. „... Jedoch weil Unſere Underthonen theils einfältige, und der Rechten ohnerfahrne Leute ſeyen, und vielleicht die Wort der Erbſatzung nicht allwegen zuſetzen oder außzuſprechen wiſſen, wie es die Rechte erfordern, ſo wöllen Wir hiemit verordnet haben, wann auß den Worten des Teſtirers aigentlich verſtanden werden mag, daß er ein Erbſatzung gemeint, und fürnemmen wöllen, daß dafür gehalten werden ſoll, die Erbſatzung kräfftiglich geſchehen ſeyn."

Kaiſerliche Land-Gerichts-Ordnung des Stifts Würtzburg und Hertzogthums zu Francken Th. III Tit. 42 § 2: „Doch dieweil etwan geſchiehet, daß unſere Unterthanen, als mehrentheils ſchlechte und der Rechten unerfahrne Leute, die Worte der Erbſetzung nicht außtrücklich exprimiren, ſetzen oder außſprechen: So wollen wir, daß hierdurch das Testament nicht alſobald gefallen, ſondern wo aus des Testirers Worten verſtanden oder abgenommen werden mag, daß er auf die benannte Perſon eine Erbſetzung gemeynet, und habe thun wollen, daß ſolches Testament kräfftig und gültig ſein ſolle."

Baieriſches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. III § 9: „Die Erb-Einſetzung (Haeredis Institutio) iſt zwar 1mo ein Haupt- und Eſſential-Stück eines Teſtaments; doch iſt 2do der Teſtator an keine gewiſſen Worte oder Expreſſionen hierin gebunden, ſondern es kann ſolche auch mit gleichgültigen Worten, und zwar explicite, oder auf die in Cap. 5 § 8 bemerkte Weiſe relative und implicite vor oder nach den Legaten geſchehen, wenn nur der Wille des Teſtators und die Perſon des Erben ſattſam hieraus erſcheint ..." [2])

---

[1]) Entnommen aus Schilter Exerc. ad P. XXXVIII § 83. Derſelbe fügt hinzu: Magis generaliter jus elect. Palat. p. 3 tit. IX, 2: „Wie dann auch nicht ſo eben darauf zu ſehen, mit was Worten einer zu Erben eingeſetzt, als nämlich: Du N. ſey mein Erbe. Oder: Ich will oder befehl, daß du N. oder der N. mein Erbe ſeyn. Oder: Ich verlaſſe euch N. und N. mein Erbſchaft. Oder: Ich theile meine Verlaſſenſchaft unter euch. Denn dergleichen directa oder obliqua verba institutionis mögen gebraucht werden: allein daß aus den Worten des Teſtirers zu verſtehen ſey, daß derſelbige ein Erbſatzung gemeint habe."

Vergl. auch S. Stryk, Us. mod. Pand. XXVIII, 5 § 1.

[2]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: Es genüge, wenn nur der Wille des Teſtators und animus instituendi seu titulo universali aliquid relinquendi ſattſam hieraus erſcheine; „wann ich alſo jemand alle meine Güter, oder vorausgeſetzten legatis den Ueberreſt meines Vermögens verſchaffe oder vermache, ſo hält man es für kein Legat mehr, ſondern für eine wahre Erbseinſetzung, weil der Zuſatz alle meine Güter oder der Ueberreſt meines Vermögens in Teſtamenten eine Universalitaet, mithin animum instituendi anzeigen."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2166. „Die Erbeinsetzung in einem letzten Willen erfordert nicht wesentlich, daß das Wort „Erbe" gebraucht wird. Es genügt, wenn sich die auf die Erbeinsetzung gerichtete Absicht sonst aus dem letzten Willen ergiebt." [1])

Code civ. art. 1003. „Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son decès."

„Als Erbeinsetzung erscheint hiernach, unabhängig von den gebrauchten Ausdrücken, die Berufung einer Person zur Nachfolge in die Gesammtheit des Nachlasses oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil desselben." [2])

---

[1]) Vergl. den Großh. Hessischen Entwurf Abth. III Art. 42. „Als Erbeseinsetzung gilt jede letztwillige Verfügung, durch welche der Erblasser die Gesammtheit seines Vermögens oder einen in Bezug auf die Gesammtheit bestimmten Theil desselben einer oder mehreren Personen unmittelbar zuwendet."

In den Motiven (Darmstadt 1845) S. 35 wird dazu bemerkt: Der Erbe wird Repräsentant des Erblassers dadurch, daß er in die Vermögensgesammtheit, folglich in die Rechte und in die Schulden succedirt. Deswegen soll auch die Frage, wer als Erbe oder Vermächtnißnehmer berufen sei, nicht nach dem Namen oder der Gattungsbezeichnung, deren sich der Erblasser bedient hat, sondern nur nach dem Gegenstande beurtheilt werden, zu welchem der Honorirte berufen ist. Jede Berufung zur Succession in die Gesammtheit des Vermögens oder in einen Theil desselben, geschehe sie unter welchem Namen sie wolle, und hätte der Erblasser selbst den Ausdruck „Vermächtniß" gebraucht, soll als Erbeseinsetzung gelten, dagegen aber auch eine Erbeseinsetzung auf eine res certa nur als Vermächtniß betrachtet werden. Es entspricht dieses der im deutschen Rechte herrschenden und auch von den neueren deutschen Gesetzgebungen adoptirten Ansicht.

Vergl. auch Unger, Syst. des österr. allg. Privatr. II § 47 Note 27.

[2]) Unger, das österr. Erbrecht § 8. Derselbe bemerkt in der Note 6: ... So ist eine wahre Erbeinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser zwei Personen zur Nachfolge beruft und der einen sein bewegliches Vermögen, der andern sein unbewegliches Vermögen vermacht: diese beiden Personen sind zur Succession in die Gesammtheit des Vermögens, also zur eigentlichen Erbfolge, zur vermögensrechtlichen Repräsentation des Erblassers berufen, mithin wahre Erben: wollte man sie nur als Legatare ansehen, so hätte man an den Intestaterben Gesammtnachfolger in nichts ... Desgleichen ist eine wahre Erbeinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser erklärt, sein ganzes zu Geld veranschlagtes Vermögen bestehe aus 20000 Fl., davon solle A 10000 und B 10000 haben: auch würde man dem Willen des Erblassers zuwiderhandeln, wenn man die gesetzlichen Erben als Gesammtnachfolger dazwischen schieben und jene Personen nur als Legatare betrachten wollte, während doch der Erblasser die aliquoten Theile nur in Gestalt des durch Berechnung ermittelten Quotienten aussprach, so daß die „Beziehung auf das Ganze," die demonstratio certae partis hereditariae, deutlich genug vorhanden ist und eine aus den Sum-

Responsum der Helmstädtschen Juristen-Facultät vom Februar 1722: Es ist das wider gedachtes Testament machte Dubium, ob sey darinnen keine Erbeinsetzung vorhanden, von schlechter Erheblichkeit, indem die Worte: meine Brüder und Halb-Brüder sollen meine übrige Güter gleich unter sich theilen, also erklärt werden müssen, daß das Testament bey Kräften bleibe. Wannenhero auch die bewährteste Rechtslehrer die sogenannte verba communia jederzeit de heredis institutione erklären, wofern nicht des Testatoris contraire Intention deutlich hervorscheinet, vid. Carpzovium P. 3 Const. 9 Def. 7 wie denn insonderheit Bergerus P. 1 Resp. 128 n. 2 das Wort „theilen" dergestalt ausleget (Leyser, Med. ad P. sp. 360 m. 2).

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom November 1854: Wenn die Erbeseinsetzung einen so wesentlichen Bestandtheil des Testaments ausmacht, daß ohne solche von einem Testamente überhaupt keine Rede sein kann, so ist dies doch nicht so zu verstehen, als müsse die Erbeinsetzung so unbedingt mit directen und gleichsam solennen Ausdrücken erfolgen. Dies galt, wie aus den in einigen Quellenaussprüchen (z. B. l. 1 § 3 und 5 D. de her. inst. l. 48 pr. eod.) enthaltenen Andeutungen hervorgeht, zwar in dem älteren röm. Recht, ist aber später(l. 15 C. de test.) geändert worden, und es genügt gegenwärtig jede Fassung des Testaments, aus der die Absicht des Testators, einer Person sein gesammtes Vermögen zu hinterlassen, hervorgeht, indem, wenn das gesammte Vermögen vermacht wird, sich von selbst versteht, daß die gedachte Person die Stelle des Erben vertreten solle. (Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. in Sachsen. N. F. XIV S. 67 f.)

Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 4. März 1857: Unser Gesetz schreibt keine bestimmte Formel für die Ernennung eines Erben oder Anordnung eines Legates vor; es genügt, daß der Wille des Testators sich auf eine keinem Zweifel Raum lassende Weise äußert, indem eine Erbeinsetzung überall da angenommen wird, wo der Erblasser über sein ganzes Vermögen oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil desselben verfügt, sonst aber ein Vermächtniß in der Anordnung gesehen wird. Nun geht aber aus den in fraglicher Urkunde gebrauchten Ausdrücken hervor, daß der Erblasser den bestimmten Willen hatte, daß statt seiner Kinder seine Gattin sein gesammtes Vermögen erben solle, und zwar deshalb, weil sie auf diese Weise zur Bezahlung dessen gelangen sollte, was er ihr schuldig sei. (Glaser und Unger, Samml. von civilrechtl. Entscheid. des k. k. obersten Gerichtshofes I. Nr. 310.)

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 24. November 1851: Zur Erbeseinsetzung genügt jede Fassung einer letztwilligen Verordnung, aus

---

men zu abstrahirende Quotentheilung der Erbschaft immerhin angenommen werden darf: dies zeigt sich praktisch wichtig für den Fall, daß der Erblasser in der Veranschlagung des Werths seines Vermögens sich geirrt hätte. Aber selbst dann ist eine wahre Erbeinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser erklärt, sein Vermögen bestehe aus 20000 Fl., B solle 1000 bekommen, das „Uebrige," der „Rest" per 19000 Fl. solle dem A gehören: hier ist A zur successio in universum jus berufen und nur mit einem Vermächtniß zu Gunsten des B beschwert . . .

welcher die Absicht des Erblassers erhellt, über den Inbegriff seines Nachlasses zu verfügen. Es kommt hiernach nicht darauf an, daß das Wort „Erbe" oder „Erbeseinsetzung" oder sonst bestimmte Ausdrücke in der letztwilligen Verfügung gebraucht sind, vielmehr genügt jede Fassung der letzteren, welche die Absicht, über den Inbegriff des Nachlasses disponiren zu wollen, entnehmen läßt, eine Absicht, die möglicher Weise auch dann sich erkennen läßt, wenn sie auch nicht mit ausdrücklichen Worten erklärt worden. (Striethorst, Archiv B. 4 S. 110 f.[1])

6. Wie oben angeführt, stellt sich als Erbeinsetzung dar sowohl die Berufung zur Nachfolge in den ganzen Inbegriff eines Nachlasses, als in einen quoten Theil desselben.

Hieraus ergibt sich von selbst, daß die schlechthin erfolgte Einsetzung in den Pflichttheil (als eine Quote des Nachlasses[2]) eine wahre Erbeinsetzung enthält.[3])

Pufendorf, Observ. jur. univ. IV obs. XLV: Mater in testamento scripserat: Sempronius filius meus legitimam habeto omnium, sed praeterea nihil, soll die Legitima von allen haben, sonst nichts. Quod ICtis nostris heredis institutio implicita videtur.

---

[1]) Vergl. Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 14. November 1854 (Entscheid. des K. Ober-Trib. B. 30 S. 50 f.).

[2]) Anders liegt der Fall, wenn der Pflichttheil in einer bestimmten, vom Erben auszuzahlenden Summe hinterlassen ist.

Carpzov, Jurispr. for. P. III Const. IX def. 8: Quicquid liberis sub nomine legitimae relinquitur, in eo videntur heredes instituti, nisi testator id per heredem exsolvi jusserit.

Ita Domini M. Jun. ann. 1623. (Verba sent. Dieweil er aber dennoch die Kinder erster und anderer Ehe titulo honorabili zu Erben nicht eingesatzt, sondern bei der Institution gänzlich übergangen und ausdrücklich verordnet, daß ihre ausgesatzte Legata an Vater-Theil oder der väterlichen Legitimen von denen eingesatzten Erben innerhalb Jahresfrist haben und empfahen solten, also daß daraus klärlich zu verspüren, daß der Testator sie zu Erben nicht habe einsetzen wollen, ꝛc. So ist auch solche Verordnung und letzter Wille zu Recht nicht kräfftig noch beständig.)

Vergl. auch v. Laugenn und Kori, Erört. praktischer Rechtsfragen Th. I Nr. IV: „Hat der in einer gewissen Sache oder Summe eingesetzte Notherbe seines Pflichttheils halber einen Erbanspruch an die Substanz der Erbschaft, oder nur einen persönlichen Anspruch auf ein Aequivalent aus dem Nachlasse?" S. 33 ff.

[3]) Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (Göttingen 1831) § 18 S. 226 f.: Ist der Pflichttheilsberechtigte auf seinen ganzen Pflichttheil als eine Quote der Erbschaft zum Erben ernannt, so ist er wirklicher Erbe und muß als solcher auch an allen Vortheilen und Nachtheilen der Erbschaft wie jeder Erbe zu seiner Erbportion Antheil nehmen und dann ist jede Berechnung des Pflichttheils nach einer Geldsumme unnütz ...

Et plane: legitimam habeto, nihil aliud significat, quam portionem hereditariam legibus debitam habeto, adeoque appellationem heredis continet. Habeto, soll haben, vix aliud est, quam dominus esto. Constat autem, heredis institutionem fieri posse his verbis: hereditatis meae dominus esto l. 48 pr. D. de her. inst. Adjecta quoque verba: von allen, omnium, ad universitatem patrimonii respiciebant. . . . Secundum quod summum Tribunal judicavit d. 9. Sept. 1758.[1])

Hierauf beruht auch die Bestimmung des § 164 des Anhangs zu § 574 Tit. 18 Th. II des Allgem. Landrechts:

„Ob ein im Pflichttheil eingesetzter Erbe im Fall der Theilung auf Subhastation des Grundstücks anzutragen befugt sei, oder ob er zufrieden sein müsse, daß der Pflichttheil nach der Taxe ausgemittelt werde, muß darnach beurtheilt werden: ob der Pflichttheil auf eine gewisse Summe festgesetzt, oder derselbe ohne Bestimmung einer gewissen Summe verschrieben worden. Im ersteren Falle bedarf es nur der Taxe, im letzteren hingegen der Eintragung des Miteigenthums in das Hypothekenbuch, und im Falle der Theilung, der Subhastation nach den näheren Vorschriften des allgemeinen Landrechts." [2])

---

[1]) Vergl. auch die von Leyser Med. ad P. sp. 356 m. 3 mitgetheilte Entscheidung vom Juni 1723.

[2]) Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 28. April 1864 (in Sachen Ferd. Holthaus wider Wittwe Holthaus H. 1352): Der Appellationsrichter leitet aus § 378 II. 2 A. L. R. und § 164 des Anhangs den Satz her, daß ein in den Pflichttheil eingesetzter Erbe, insofern der Pflichttheil nicht in einer bestimmten Geldsumme ausgesetzt worden, als ein wirklicher Erbe des Verstorbenen zu betrachten sei. Dieser Satz kann auch keinem Bedenken unterliegen. Denn wenngleich, abweichend von Nov. 115 cap. 3 princ., das A. L. R. II. 2 § 396 den Eltern die Zuwendung des Pflichttheils quovis modo gestattet und nicht den titulus institutionis präceptorisch macht, so muß doch, falls der letztere gewählt wird, der auf den Pflichttheil eingesetzte Erbe, da er in eine bestimmte pars quota eingesetzt ist, auch als Erbe im gesetzlichen Sinne gelten. Weder die als verletzt gerügten §§ 1—6 Tit. 12 Th. I, noch der § 391 (Pflichttheils-Definition) und die §§ 432—436 Tit. 2 Th. II (Pflichttheils-Ergänzung) sprechen etwas dem Entgegenstehendes aus. Ist dagegen der Pflichttheil in einer bestimmten Sache oder Summe ausgesetzt, so greift der § 269 Tit. 12 Th. I Platz, nach welchem der so Bedachte als Legatar anzusehen ist.

Diesen Unterschied hat auch gerade das Rescript vom 19. Oktober 1794, aus welchem der Anhangs § 164 hervorgegangen, zum Grunde gelegt; ob die speziell nach diesem § 164 behandelte Frage über die Subhastation eines Erbschaftsgrundstücks zur Ermittelung des Pflichttheils unbedingt nach diesem Unterschiede zu entscheiden, oder ob es dabei auch auf sonstige Rücksichten ankomme, darüber verhalten sich die von dem Imploranten allegirten Entscheidungen des Ober-Tribunals (abgedruckt B. 22 S. 243 f.), präjudiciren

Enthält nun hiernach die Zuwendung eines quoten Theiles der Erbschaft in Wahrheit eine Erbeseinsetzung,[1]) so kann hierin nichts ändern, wenn der Erblasser eine solche Zuwendung als Vermächtniß bezeichnet hat.[2])

Eben so wenig kann auf der andern Seite der vom Erblasser gewählte Ausdruck „Erbe" entscheiden, wenn nach dem Inhalte seiner Verordnung eine Berufung zur Universal-Nachfolge nicht vorliegt.[3])

Erkenntniß des O. A. G. zu München von 1854: Die bloße Bezeichnung als „Erbe" im Testament reicht nicht hin, um das Erbrecht zu begründen, wenn zugleich Bestimmungen getroffen sind, welche die gesetzlichen

---

also der Frage über das Vorhandensein der Erbesqualität eines Pflichttheilserben ebensowenig, als diese Frage durch die in Striethorst's Archiv B. 30 S. 43 abgedruckte Entscheidung alterirt wird. Die letztere bemerkt nur, daß faktisch der im Allgemeinen auf seinen Pflichttheil eingesetzte Notherbe doch schließlich immer nur eine bestimmte Summe aus dem Nachlasse erhalte, wobei es nach der Lage des Falles eben nur ankam auf ein angeblich den Pflichttheil beschränkendes Legat, dessen Wegfall der Pflichttheilserbe verlangte, während er nach der vom Ober-Tribunal gebilligten Ansicht des zweiten Richters die Ausmittelung und Verabfolgung des Pflichttheils von den andern Erben zu fordern hatte.

[1]) Ausdrücklich bestimmt dies das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 2168. „Hat der Erblasser Jemandem seinen ganzen Nachlaß oder einen ideellen Theil seines Nachlasses letztwillig zugewendet, so ist anzunehmen, daß er ihn zum Erben ernannt hat."

§ 2174. „Hat der Erblasser nur einen Erben eingesetzt, die Einsetzung aber auf einen ideellen Theil der Erbschaft beschränkt, so erhält der Eingesetzte den ihm zugewiesenen ideellen Theil der Erbschaft als Erbe; rücksichtlich des Uebrigen tritt die gesetzliche Erbfolge ein."

[2]) Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 24. November 1852 (Striethorst, Archiv B. 7 S. 159 f.).

Vergl. auch das von R. Koch in der Pr. Anwalts-Ztg. 1865 Sp. 26 f. mitgetheilte Erkenntniß des Stadt- und Kreisgerichts zu Danzig vom 13. October 1864.

[3]) § 257 d. T. „Es ändert darunter nichts, wenn auch der Testator diejenigen, welchen er dergleichen bestimmte Theile, Stücke oder Summen zugewendet, Erben genannt hat."

§ 258. „Vielmehr sind dieselben, im Verhältnisse gegen den Intestaterben, immer nur als Legatarii zu betrachten."

§ 263. „Ebenso wird derjenige, welchem nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente zu seinem Erbtheil ausdrücklich angewiesen worden, im Verhältnisse gegen die übrigen Erben als ein bloßer Legatarius betrachtet."

Befugniſſe eines Erben alteriren (Schletter, Jahrb. der deutſchen Rechtswiſſ. I. S. 228).

Erkenntniß des O. A. G. zu Roſtock vom 28. März 1859: Nach der Angabe der Zeugen hat W. weder die Dorothea und Maria M. ſeine Erbinnen bezeichnet, noch ihnen ausdrücklich ſeinen ganzen Nachlaß zugewieſen, vielmehr nur über ein gewiſſes Kapital disponirt, und wenn er auch geſagt hat, daß Maria M. davon 150 Thlr. und Dorothea M. die übrigen 50 Thlr. erben ſolle, ſo iſt damit doch nicht ausgedrückt, daß ſie die Forderung als Erben haben ſollen. Das Zeitwort „erben" wird auch von dem gebraucht, der bloß ein Vermächtniß erhält, und in der Verbindung, worin es hier ſteht, kann es kaum eine andere Bedeutung haben.

(Seuffert, Archiv XIII Nr. 153.)

---

§ 5. «Einſeitige Willenserklärungen, durch welche Jemand nur über einzelne und beſtimmte Stücke, Summen, Rechte oder Pflichten, auf den Todesfall verordnet, führen den Namen der Codicille.» [1])

§ 6. «Einzelne beſtimmte, in einem Teſtamente oder Codicille Jemandem hinterlaſſene Sachen oder Summen werden Legate oder Vermächtniſſe genannt.» [2])

§ 7. «Codicille ſind auch ohne Teſtament gültig.»

7. Isidor, Origenes Lib. V cap. 24 § 14: Codicillus, ut veteres ajunt, sine dubio ab auctore dictus, qui hoc scripturae genus instituit. Est autem scriptura nulla indigens solennitate verborum, sed sola testatoris voluntate qualicunque scripturae pronuntiatione expressa, cujus beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem aut certe propter necessitatem adhibendorum solennium, ita ut qui scriberet et titulum ejusdem scripturae codicillium vocet. Sicut autem codicillus fit vice testamenti, ita epistola vice codicillorum. [3])

---

[1]) In Betreff des Rechts der Codicille iſt zu verweiſen auf Fein, Fortſetzung des Glück'ſchen Comment. B. 44 S. 1 ff. Vergl. auch Witte in Weiske's Rechtslex. II. S. 670 f. Bering, Röm. Erbrecht S. 697 ff.

[2]) v. Buchholtz, Juriſt. Abhandlungen aus dem Gebiete des heut. römiſchen Rechts (Königsberg, 1833) Nr. IX. „Ueber den Begriff eines rechtlichen Geſchäfts und eines Vermächtniſſes insbeſondere."
Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 279—282.
Brinz, Lehrb. der Pand. § 207.
Schirmer, Handb. des Röm. Erbrechts I. § 8.

[3]) Bei den klaſſiſchen Juriſten findet ſich eine Definition des Codicills nicht.

Cujac. (ad African. in explic. l. 14 D. de jure cod.): Codicillus est intestati voluntas, vel testamenti sequela minus solennis.

Donell., com. de jure civ. Lib. VII cap. 18: Codicilli sunt voluntatis supremae imperfecta testatio de eo quod quis post mortem suam fieri velit, non in hoc parata ut essent testamentum.

§ 1 J. de leg. (2, 20): Legatum est donatio[1]) quaedam a defuncto relicta ab herede praestanda.

Modestin. l. 36 D. de leg. 2: Legatum est donatio testamento relicta.

Florentin. l. 116 pr. D. de leg. 1: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.[2])

Kayserliche Notariats-Ordnung von 1512. Tit. Von Testamenten § 2: „... Codicille, nehmlich darinnen einem außerhalb Ansetzung oder Machung anderer Erben, etwas nach eines Tod, von denselben Erben zu reichen und zu empfahen gesetzt, vermacht, verlassen, oder zu treuen Händen befohlen wird ..."

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bavar. civ.) Th. III Kap. 5 § 1: „Codicill heißt ein letzter Wille, welcher nichts als Legate und Fideicommisse oder andere dergleichen in Kraft eines Testamentes nicht bestehende letztwillige Dispositionen in sich enthält ..."

Ebendas. Kap. VI § 1: „Legat ist ein letzter Wille, wodurch man Jemanden zwar directe, jedoch nur Titulo singulari, etwas vermacht, oder verschafft."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 553. „Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heißt sie Testament; enthält sie aber nur andere Verfügungen, so heißt sie Codicill."[3])

---

[1]) In Betreff des Unterschiedes zwischen Schenkung und letztwilliger Zuwendung ist zu verweisen auf v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen I. § 8 S. 67 ff.

[2]) Claproth, Abhandl. von Testamenten ꝛc. (Göttingen, 1782) § 73. Ein Vermächtniß ist eine letzte Willensverordnung, wodurch der Erblasser seinem Testaments- oder gesetzlichen Erben oder auch einem Vermächtnißnehmer auflegt, einen bestimmten Theil der Erbschaft, oder eine gewisse körperliche oder unkörperliche Sache auch Summe Geldes u. d. g. einem andern nach seinem Tode abzutreten oder etwas zu leisten.

[3]) Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen (§ 2063 f. oben S. 307) hat die Unterscheidung zwischen Testament und Codicill nicht aufgenommen.

Ebensowenig das Zürcher. privatr. Gesetzb.

In den Motiven zum Großh. Hessischen Entwurfe eines bürgerl. Gesetzb. (Darmst. 1845) S. 35, 36 wird hierüber gesagt: Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse sind gleich wichtige Verfügungen, ebenso die darauf sich beziehenden Substitutionen. Durch eine Erbeseinsetzung kann zwar einer Person das ganze Vermögen zugewendet, allein dem Erben kann durch Vermächtnisse und Substitutionen jeder Gewinn wieder entzogen werden. Es ist daher kein Grund vorhanden, für die eine oder andere Art letztwilliger Verfügungen besondere, etwa gelindere Formen vorzuschreiben.

§ 535. „Wird jemanden kein ſolcher Erbtheil, der ſich auf den ganzen Nachlaß bezieht, ſondern nur eine einzelne Sache, Eine oder mehrere Sachen von einer gewiſſen Gattung, oder ein Recht zugedacht; ſo heißt das Zugedachte, obſchon deſſen Werth den größten Theil der Verlaſſenſchaft ausmacht, ein Vermächtniß (Legat), und derjenige, dem es hinterlaſſen worden, iſt nicht als ein Erbe, ſondern als ein Vermächtnißnehmer (Legatar) zu betrachten."

8. In den §§ 5 und 6 d. T. wird die letztwillige Zuwendung „einzelner und beſtimmter Stücke, Summen, Rechte" — oder „einzelner beſtimmter Sachen oder Summen" — als Vermächtniß bezeichnet.

Es iſt die Frage aufgeworfen worden:

ob unſer Landrecht auch das ſ. g. legatum partitionis (legata partitio [1]) kenne.[2])

Man hat dieſelbe verneint, unter Hinweiſung auf die §§ 5, 6 d. T., ſowie auf den Umſtand, daß in der ganzen Lehre von den Vermächtniſſen eines legatum partitionis nicht gedacht ſei, insbeſondere auch geltend gemacht, daß nach § 45 d. T. jede letztwillige Verordnung, die auch nur über einen Theil des Nachlaſſes errichtet ſei, als Teſtament gelte.

Wenn man jedoch die Frage ſo ſtellt:

ob auch nach unſerem Landrechte einem Erblaſſer die rechtliche Möglichkeit gegeben ſei, eine letztwillige Verfügung mit der beſchränkten Wirkung einer legata partitio zu treffen,

ſo werden wir ſicher Anſtand nehmen, dieſelbe zu verneinen, weil in der That noch heutzutage Jedem unverwehrt ſein muß, eine ſolche für uns zur Rechtsantiquität gewordene civiliſtiſche Schöpfung, wenn er ſein Gefallen daran findet, in Beziehung auf ſeinen Nachlaß wieder ins Leben zu rufen. Er ordnet damit nichts an, was unſern Geſetzen irgend zuwiderliefe.[3])

---

[1]) Vergl. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommiſſen I. § 10. Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 322—324.

[2]) Juriſtiſche Zeitung, III. Jahrg. (1834) S. 473 ff.

[3]) So bemerkt auch Unger, das öſterreich. Erbrecht § 54 Note 4: Wie nach heutigem gem. Recht, ſo gibt es in ähnlicher Weiſe auch nach heut. öſterr. Recht ein ſog. legatum partitionis. Wenn der Erblaſſer anordnet, daß ſein Erbe einem Dritten einen aliquoten Theil des reinen Nachlaſſes hinausgebe, ſo iſt hiermit deutlich genug ausgeſprochen, daß der Dritte nicht als Theilerbe in die vermögensrechtliche Stellung des Erblaſſers eintreten, ſondern daß er nur einen Theil des Nachlaſſes aus der Hand des Erben und durch deſſen Vermittelung erhalten ſolle.

Vergl. auch Stryk, Usus mod. Pand. Lib. 30. 31. 32. § IV.

Allein eine ganz andere Frage ist:

> ob im concreten Falle eine letztwillige Verordnung, wodurch der Erblasser Jemandem einen aliquoten Theil seines Nachlasses zuwendet, als ein Vermächtniß (gleich einer partitio legata) aufzufassen sei?

Diese Frage werden wir in allen Fällen zu verneinen haben, wo nicht die bestimmtesten Gründe entgegenstehen.[1]) Es handelt sich hier immer um eine Willensauslegung. In dieser Hinsicht aber gibt uns das Gesetz die im § 4 d. T. aufgestellte Regel an die Hand, die ebensogut bei Zuwendung des ganzen Inbegriffs des Nachlasses, als eines in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theils desselben ihre Anwendung findet. So bestimmt der § 45 d. T.:

> „Der Erblasser kann (in seinem Testamente) auch nur über einen Theil seines Nachlasses verordnen, und es in Ansehung des Ueberrestes bei der gesetzlichen Erbfolge lassen."

desgleichen der § 455 Tit. 1 Th. II des A. L. R.:

> „Besteht das Ehevermächtniß aus einem nur in Verhältniß gegen das Ganze bestimmten Theil (pars quota) des Nachlasses, so hat der Mann die Rechte und Pflichten eines Miterben."

Bedenken hiergegen kann nur der § 256 d. T. erregen, welcher vorschreibt:

> „Hat aber der Erblasser nicht über das Erbrecht selbst, sondern ausdrücklich nur über gewisse Stücke, Summen oder Antheile seines Nachlasses verordnet; so gelangt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben, und diesen fällt alles zum Nachlasse Gehörende, soweit darüber nicht verfügt ist, anheim."[2])

---

[1]) So bestimmt das Baierische Landrecht (Codex Maxim. Bavar. civ.) Th. III Kap. VII § 1: „. . . man hält auf den Fall, wenn die ganze Erbschaft vermacht oder verschafft wird, dafür, daß solches nicht Titulo Legati, sondern Haereditatis et Institutionis geschehen sey."

§ 2. „Mit dem Legato omnium Bonorum, da nämlich das ganze Vermögen vermacht wird, oder mit dem s. g. Legato Partiario, da man zwar nicht die ganze, gleichwohl aber einen Theil der Erbschaft vermacht, hat es 1mo die nämliche Bewandtniß, wie in § praeced. Es erscheine denn 2do aus der Disposition ganz offenbar, daß man gedachtes Vermögen oder Quotam andergestalt nicht, als Titulo Legati et mere singulari habe verlassen wollen . . ."

[2]) Die folgenden §§ 257, 258 fügen hinzu: „Es ändert darunter nichts, wenn auch der Testator diejenigen, welchen er dergleichen bestimmte Theile, Stücke, oder Summen zuwendet, Erben genannt hat." — „Vielmehr sind dieselben, im Verhältnisse gegen den Intestaterben, immer nur als Legatarii zu betrachten."

Ist unter den „Antheilen des Nachlasses“ [1]) etwas Anderes zu verstehen als unter den in den §§ 5 und 6 d. T. gebrauchten Worten, nämlich im Verhältniß gegen das Ganze bestimmte Theile (partes quotae), so haben wir nur die Wahl zwischen der Annahme, der Gesetzgeber habe sich im Ausdrucke vergriffen, oder er habe das veraltete Institut der legata partitio im Auge gehabt. Ein Drittes ist nicht wohl möglich. Denn wenn der Erblasser eine Quote seines gesammten Nachlasses, als eines juristischen Ganzen, Jemandem, und noch dazu unter der Bezeichnung eines Erben, zugewendet, so hat er in der That (antheilsweise) über das Erbrecht selbst verordnet. Die Voraussetzung des § 256 kann daher gar nicht eintreten.

Von der persönlichen Fähigkeit, letztwillige Verordnungen zu errichten. [2])

§ 9. «Soweit Jemand unter den Lebendigen über sein Vermögen zu verfügen fähig und berechtigt ist, soweit kann er in der Regel auch auf den Todesfall Verfügungen treffen.» [3])

§ 10. «Der Befugniß dazu kann er sich nur durch einen rechtsgültig geschlossenen Erbvertrag begeben.» [4])

9. Gaj. l. 4 D. qui test. fac. (28, 1): Si quaeramus, an valeat

---

[1]) Vergl. § 46 d. T. „Auch ohne Benennung irgend eines Erben kann er über einzelne Theile oder Stücke seines Nachlasses verfügen.“

[2]) In Betreff der Collision der Gesetze über testamentifactio activa ist zu verweisen auf:

Voet, com. ad P. XXVIII, 1 nr. 44.

Schäffner, Entwickelung des internat. Privatr. (Frankf. a. M. 1841) § 138 S. 180 f.

Foelix, traité du droit internat. n. 64 p. 112, 113.

[3]) Dr. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht (Hannover, 1862) S. 151: Der Testator verfügt streng genommen nicht über sein Vermögen; er kann nur durch seine Willenserklärung bewirken, daß eine Person einen Complex von Vermögensstücken erwerbe oder nicht erwerbe und einen Complex von Verbindlichkeiten, welche bisher in seiner Person sich vereinigten, übernehme oder nicht übernehme. Die Befugniß, letztere Disposition zu treffen, gehört demnach auch weder zu denjenigen nothwendigen Begriffsmerkmalen, welche einer jeden einzelnen Person nothwendig, noch zu denjenigen Begriffsmerkmalen, welche den Personen regelmäßig zustehen müssen.

[4]) Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel vom April 1841: Das Versprechen,

testamentum, inprimis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem, deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas juris civilis testatus sit.

Marcian. l. 6 § 3 D. de jur. cod. (29, 7): Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest.

Paul. l. 8 § 2 eod.: Codicilli toties valent, quoties quis testamentum quoque facere possit . . .

Ulp. l. 2 D. de leg. 1: Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent.

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Herzogthums Württemberg von 1610 Th. III Tit. II (s. oben S. 301).[1])

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bav. civ.) Th. III Kap. III § 3. „1mo Kann regulariter ein Jeder von dem Seinigen testiren, der nicht von Natur oder durch besonderes Verbot daran gehindert ist . . ."

---

§ 11. «Die Fähigkeit oder Unfähigkeit eines Erblassers muß nach dem Zeitpunkte, wo er seinen letzten Willen errichtet hat, beurtheilt werden.»[2])

§ 12. «War zu dieser Zeit der Erblasser, wegen eines natürlichen Mangels, seinen letzten Willen zu erklären unfähig, so bleibt die Verordnung ungültig, wenn auch dieser Mangel in der Folge gehoben worden.»

§ 13. «Stand ihm aber nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf den Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezieht, dabei entgegen; so wird die Verordnung gültig, wenn das Hinderniß in der Folge hinweggefallen ist.»

§ 14. «Insofern die Unfähigkeit zu testiren, als die Strafe

---

nicht zu testiren, kann überall nur insofern in Betracht kommen, als es mittelst gegenseitiger Annahme in einen Vertrag übergegangen ist, ein solcher Vertrag aber kann seinem Wesen nach kein anderer sein, als ein Erbvertrag. (Matthiä, Controversen-Lex. II. S. 74.)

[1]) Vergl. auch die damit übereinstimmende Vorschrift der Kaiserl. Land-Gerichts-Ordnung des Stiffts Würtzburg und Hertzogthums zu Franken Th. III Tit. XXXVIII. „Daß insgemein einem jeden Testamenta und letzten Willen zu ordnen vergönnet."

[2]) Ueber den Fall einer Gesetzesänderung rücksichtlich der testamenti factio ist hier keine Bestimmung getroffen. Vergl. darüber Lassalle, das System der erworbenen Rechte (Leipzig, 1861) I. S. 483 ff.

einer geſetzwidrigen Handlung anzuſehen iſt, erſtreckt ſich dieſelbe auch auf vorher errichtete letztwillige Verordnungen zurück.«

10. Javolen. l. 201 D. de R. J.: Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint.

Licin. Rufin. l. 210 eod.: Quae ab initio inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest.

§ 1 J. quib. non est perm. fac. t. (2, 12): Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit . . .

Modestin. l. 19 D. qui test. fac. (28, 1): Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit.[1])

Ulp. l. 6 § 12 D. de injust. rupt. (28, 3): . . . si quis damnatus capite, in integrum indulgentia principis sit restitutus: testamentum ejus convalescit.

Id. l. 1 § 5 D. de leg. 3: Si quis plane in insulam deportatus codicillos ibi fecerit, et indulgentia Imperatoris restitutus iisdem codicillis durantibus decesserit, potest defendi, fideicommissum valere, si modo in eadem voluntate duravit.

Id. l. 1 § 9 D. de b. p. sec. tab. (37, 11): Si quis autem testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem vel furore, vel quod ei bonis interdictum est, potest ejus peti bonorum possessio, quia jure testamentum ejus valet; et hoc generaliter de omnibus hujusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem; sed ante factum eorum testamentum valet.[2])

Unſer Landrecht unterſcheidet zwiſchen einem natürlichen und einem juriſtiſchen Mangel der Fähigkeit letztwillige Verordnungen zu errichten. Erſterer äußert ſeine vernichtende Wirkung immer nur, wenn er zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung vorhanden war,

[1]) Vergl. auch l. 1 § 8 D. de b. p. sec. tab. (37, 11).

[2]) In Betreff der Frage, ob nicht in allen Fällen, wo die juriſtiſche Fähigkeit zu teſtiren wegfällt, Unwirkſamkeit des vorher errichteten Teſtaments eintritt, iſt zu verweiſen auf Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Comm. B. 39 S. 14—22.

bleibt aber auch dann unheilbar.[1]) Der juriſtiſche Mangel hat einerſeits eine umfaſſendere Wirkung, inſofern ihm rückwirkende Kraft beiwohnt,[2]) andererſeits eine beſchränktere, inſofern er gehoben werden kann. — Ein ſolcher juriſtiſcher Grund der Unfähigkeit zu letztwilligen Verordnungen beruht vor Allem auf dem Mangel der Fähigkeit eigenes Vermögen zu haben.[3]) Dies trifft nach unſerem Rechte zu bei Perſonen, welche das Kloſtergelübde abgelegt haben.[4]) Doch iſt dieſer Mangel heilbar, indem die aus den ſäkulariſirten Klöſtern entlaſſenen Ordensgeiſtlichen beiderlei Geſchlechts befugt ſind, über ihr Vermögen ohne Einſchränkung zu disponiren.[5]) — Nach früherem Rechte gehörten

---

[1]) Es gilt hier der Grundſatz, den das Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch dahin aufſtellt:

§ 575. „Ein rechtsgültig erklärter letzter Wille kann durch ſpäter eintretende Hinderniſſe ſeine Gültigkeit nicht verlieren."

§ 576. „Einen anfänglich ungültigen letzten Willen macht die ſpäter erfolgte Aufhebung des Hinderniſſes nicht gültig . . ."

Vergl. Baieriſches Landrecht (Codex Max. Bav. civ.) Th. III Kap. III § 3: „. . . Soviel nun 4to diejenigen betrifft, welche nur von Natur gehindert ſind, wird bei ihnen lediglich auf die Zeit, da man das Teſtament verfertigt, geſehen, folglich die vor- oder nachgehende Unfähigkeit nicht attendirt . . ."

Treffend iſt die Darſtellung Laſſalle's (Syſtem der erworbenen Rechte I. S. 492—494), worin gezeigt wird, daß ſich aus der rechtlichen Natur des Teſtaments die mit dem röm. Recht vollkommen übereinſtimmende Lehre ableitet, daß es bei factiſchen Veränderungen der in phyſiſchen Eigenſchaften beruhenden Fähigkeiten lediglich auf die Fähigkeit zur Zeit der Teſtamentserrichtung, niemals auf diejenige zur Zeit des Todes ankommen kann.

[2]) Vergl. Baieriſches Landrecht a. a. O. „. . . Die andere hingegen, welchen ein beſonderes Gebot entgegenſtehet, müſſen nicht nur zur Zeit des verfertigten Teſtaments, ſondern auch zur Zeit ihres Abſterbens fähig ſein . . ."

Das römiſche Recht ſtimmt hiermit vollkommen überein. Vergl. Laſſalle a. a. O. S. 482 f.

[3]) Donell. com. de jure civ. Lib. VI cap. V § 15: . . . Quodsi ea mutatio inciderit, quae auferat etiam bona testatori, testamentum, quod rite perfectum erat, hoc casu infirmari, fierique id, quod dicitur irritum, non sane propter mutatam conditionem personae, sed propter ademta bona, quae qui non habet, aut non habet in sua potestate, is utique heredem habere non potest, qui in ea ex testamento succedat . . .

[4]) A. L. R. Th. II Tit. 11 §§ 1199—1202.

[5]) Kab.-Ordre vom 10. April 1806. (N. C. C. XII p. 127.)

hierher auch die Verbrecher, die ihr Vermögen verwirkt hatten[1]) — § 15 d. T., eine Bestimmung, die von selbst dadurch weggefallen ist, daß die Strafe der Vermögenseinziehung nicht mehr stattfindet.[2]) — Die juristische Unfähigkeit zu testiren, kann aber auch die Folge einer gesetzwidrigen Handlung — also Strafe sein.[3]) So verordnet das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851:

§ 73. „... Der wegen Hochverraths oder Landesverraths zum Tode oder zu lebenslänglichem Zuchthaus rechtskräftig Verurtheilte verliert die Fähigkeit, über sein Vermögen unter Lebenden und von Todeswegen zu verfügen." [4])

Ferner das Gesetz vom 8. Juni 1860, betr. die Förmlichkeiten der militairischen Testamente (G.-S. S. 240 f.):

§ 10. „Das privilegirte militairische Testament verliert durch Desertion des

---

[1]) In Betreff des gemeinen Rechts ist zu verweisen auf Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. X S. 731, 732.

Vergl. auch Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogthums Württemberg von 1610 Th. III Tit. II: „... Item, denjhenigen, welcher Haab und Güter nach innhalt der Rechten confisciert, daß sie derselbigen nicht mehr mächtig, ist zu testieren so lang verbotten, biß daß sie vollkommenlich widerumb restituirt seynd."

Baierisches Landrecht (Codex Maxim. Bav. civ.) Th. III Kap. III § 3: „... Das Verbot stehet 3tio nur ... geächteten und allen andern Uebelthätern, welche ihr ganzes Vermögen verwirkt haben ..."

[2]) Verf.-Urk. vom 31. Jan. 1850 Art. 10 und Strafgesetzbuch von 1851 § 19.

[3]) Vergl. v. Buchholtz, Jurist. Abhandlungen (Königsberg, 1833) Nr. V. Wem ist zur Strafe die testamenti factio entzogen und wer heißt intestabilis?

Wächter: Ueber Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen und verhängter Strafen (im Archiv für die civ. Praxis B. 17 S. 420—440).

Mühlenbruch, Fortf. v. Glück's Comm. B. 39 S. 36 ff.

v. Vangerow, Leitf. § 428 Anm. 3.

Schirmer, Handb. des Röm. Erbr. I. (Leipzig, 1863) S. 33 f.

[4]) Vergl. Erneuertes Gemeines Land-Recht des Hertzogthums Württemberg a. a. O.: „... Denen aber, die nicht umb hoher Malefitz und Ertzlaster, sondern nur solcher Mißhandlung wegen, welchen neben der Lebensstraff die Confiscation der Güter nicht anhaugt, zum Tod verurtheilt lassen Wir zu, daß sie vor oder nach der Urthel, Testamenten oder Codicill ... auffruchten mögen."

Das Oesterr. G. B. bestimmt § 574: „Ein Verbrecher, der zur Todesstrafe verurtheilt worden, kann von dem Tage des ihm angekündigten Urtheils, wenn er aber zur schwersten, oder schweren Kerkerstrafe verurtheilt wird, so lange seine Strafzeit dauert, keine gültige Erklärung seines letzten Willens machen."

Vergl. dazu Unger, das österr. Erbrecht § 23 Note 3.

Testators seine Gültigkeit, und diese wird durch den erhaltenen Pardon nicht wiederhergestellt."

Endlich gehört hierher die eine relative Unfähigkeit betreffende Vorschrift des § 35 d. T.:

„Personen, die Ehebruch oder Blutschande mit einander getrieben haben, können einander durch letztwillige Verordnungen nichts hinterlassen, wenn entweder um dieses verbotenen Umganges Willen eine Ehe getrennt, oder des Erblasser sonst des Ehebruchs, oder der Blutschande mit der begünstigten Person, gerichtlich überführt worden."

eine Bestimmung, welche durch die Verordnung vom 28. Februar 1811 (G.-S. S. 156) dahin declarirt ist:

„daß Personen, welche nach vorgängiger, auf den Grund der Kab.-Ordre vom 15. März 1803 ertheilten Dispensation sich geehelicht haben, befugt sein sollen, für einander letztwillig zu verfügen."

---

§ 16. «Minderjährige, ohne Unterschied des Geschlechts, welche das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, können letztwillige Verordnungen gültig errichten, ohne daß dazu die väterliche oder vormundschaftliche Einwilligung erfordert wird.»

§ 17. «Doch sind Personen, welche das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, ihre letztwilligen Verordnungen nicht anders, als mündlich zum gerichtlichen Protocoll zu errichten befugt.» [1])

11. § 1 J. quib. non est perm. fac. t. (2, 12): Praeterea testamentum non facere possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est . . .[2])

---

[1]) In Betreff des an sich nahe liegenden Grundes dieser Vorschrift ist zu verweisen auf die von Bornemann (Syst. Darstell. VI S. 17 f.) mitgetheilten Materialien.

[2]) Von einer Ergänzung der mangelnden Fähigkeit durch auctoritas tutoris kann bei letztwilligen Verfügungen keine Rede sein. Vinnius, com. in § 1 J. cit. nr. 1: . . . An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hereditatem adire, bon. possessionem petere, aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic, etiam quod impuberis judicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Neqnaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores praestant et finita tutela earum rationum pupillis eorumve heredibus reddunt; hujus vero reddere non possunt. Deinde testamenta

Ulp. l. 5 D. qui test. fac. poss. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi, vel feminae facere possunt videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum . . .[1])

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. I art. 1 nr. 16 sq.: In minoribus secus est; etsi enim perfectam aetatem non attigerint, tamen ratione et judicio potiuntur. Idcirco ad confectionem testamenti curatoris assensu non indigeut, nec salva semper mntandi licentia in periculo ullo sunt, ut nec restitutione in integrum opus habeant.[2])

Baieriſches Landrecht (Codex Max. Bav. civ.) Th. III Kap. III § 3: „. . . Es ſind aber 2do von Natur gehindert (ein Teſtament zu machen), . . . unvogtbare Perſonen, welche nämlich das vierzehnte Jahr noch nicht erfüllt haben.“[3])

Schon früh finden wir in deutſchen Partikularrechten jenen im römiſchen Recht beſtimmten Altersſtermin in Bezug auf die Teſtirfähigkeit weiter hinausgerückt.

Voet com. ad P. XXVIII, 1 nr. 33: Sciendum tamen statutibus pluribus plenius atque obfirmatius judicium, adeoque etiam majorem annorum numerum in testatore requiri, veluti Ultrajecti anni octodecim completi in masculis, ac sexdecim in foeminis . . .[4])

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Hertzogthums Württemberg von 1610 Th. III Tit. II „. . . Als anfangs, da ein Perſon noch nicht zu ſolchem Alter kommen, daß ſie zu teſtieren für genugſam verſtändig und

---

non arbitrio alieno, non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere et inconsulto per aliorum molimina in praejudicium familiarum et agnationis statuatnr, et alieni potins, quam cognati, cognati remotiores potins, qnam proximi hereditatem conseqnantur.

[1]) L. 4 C. qui test. fac. (6, 22): Si frater patruelis tuus ante decimnm qnartum aetatis snae annnm decessit, cnm facere non potuit testamentum, nihil recte ex ejns postremo judicio postulatur. Nam si hanc aetatem egressns, licet vigoris uondnm emersissent vestigia, suum solenniter ordinavit judicium, hoc evellere frustra conaris.

[2]) Muelleri addit. ad Struv. synt. jnr. civ. Exerc. XXXII th. 9 not. δ: . . . IV. Minores coram judice testamenta facere possnnt sine curatore; nec enim ex hoc judiciali testamento laesio aliqua metuenda, ob quam alias consensus cnratoris requiritur, cum illud, quandocunque placnerit, revocare liceat.

[3]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: Wie nun die Pubertät wenigſt jure positivo communi auf das 14. und bey Mägdlein auf das 12. Jahr complet geſetzt iſt, ſo bleibt es auch in materia testamentaria bei dieſem Termino, ſoweit derſelbe nicht etwann auf weitere Jahr per statuta vel consnetudinem verlängert iſt, wie es an gar verſchiedenen Orten Deutſchlands wirklich geſchieht und auch mit Fug geſchehen kann.

[4]) Vergl. S. Stryk, Us. mod. Pand. XXVIII, 1 § 14 und die daſelbſt angeführten Statuten.

taugenlich geachtet würde: Welches Alter Wir hiemit auß bewegenden Urſachen unſern Underthanen auff Sechßzehen Jahr geſetzt haben wöllen. Alſo daß kein Manns: oder Frawen Perſon (ehe und dann ſie Sechßzehen Jahr ihres Alters vollkommenlich erlebt, und das Siebenzehend angetretten) Teſtamenten, Codicill, und Letzten Willen auffrichten mag; doch wöllen wir Uns, in Krafft Lands Fürſtlicher Oberkeit, hiermit vorbehalten haben, wo ſich der Fall begebe, daß jemand zwiſchen den Vierzehen und Sechßzehen Jahren, auß hochbewegenden Urſachen zu teſtieren begehren würde, ſolches auff gebührliches Supplicieren, nach geſtallt der Sachen gnädiglich zugeſtatten und zuzulaſſen." [1])

Auch die neueren Geſetzgebungen haben ſich in dieſem Punkte mehr oder weniger vom röm. Rechte entfernt.

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 569: Unmündige ſind zu teſtiren unfähig. Minderjährige, die das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, können nur mündlich vor Gericht teſtiren . . ." [2])

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2066. „Fähig, einen letzten Willen zu errichten, ſind Perſonen, welche das vierzehnte Lebensjahr erfüllt haben, und zwar, ſelbſt wenn ſie in väterlicher Gewalt oder unter Altersvormundſchaft ſtehen, ohne ihre Väter oder Vormünder." [3])

Privatrechtl. Geſetzb. für den K. Zürich § 2054. „Jede mündige [4]) Perſon, Mann oder Weib, ſei dieſelbe im übrigen ſelbſtändig oder unter Vormundſchaft, iſt in der Regel fähig, ein Teſtament zu machen . . ."

---

[1]) Vergl. Reyſcher, das gem. und württ. Privatrecht III. (Tübingen, 1848) § 642.

[2]) Hierbei iſt weiterhin dem Richter eine durch ein Protokoll zu beurkundende causae cognitio zur Pflicht gemacht. Vergl. Unger, das öſterreich. Erbrecht S. 44 Note 2.

Auch unſer Landrecht hat es an einer ſolchen Vorſchrift nicht fehlen laſſen, vielmehr im § 152 d. T. verordnet:

„Beſonders muß er (der Richter) bey Perſonen unter achtzehn Jahren . . . ſich durch ſchickliche Fragen, ſo viel als möglich zu überzeugen ſuchen, daß dieſelben nicht durch Liſt und Ueberredung zu der getroffenen Dispoſition verleitet worden."

[3]) In Siebenhaar's Comm. iſt dazu bemerkt: Von dem gemeinen Rechte weicht der vorſtehende § nicht bloß inſofern, als nach dem erſteren nur Minderjährige männlichen Geſchlechts nicht vor dem erfüllten 14. Lebensjahr, Minderjährige weiblichen Geſchlechts aber ſchon mit dem erfüllten 12. Lebensjahre teſtiren können, ſondern auch inſofern ab, als nach dem B. G.-B. auch Minderjährige, welche unter väterlicher Gewalt ſtehen, ſobald ſie das 14. Lebensjahr erreicht haben, teſtiren können, während nach gemeinem Rechte Perſonen, welche ſich in patria potestas befinden, die test. factio, abgeſehen von dem peculium castrense und quasi castr., gar nicht haben.

[4]) § 12 ebend. „Die Mündigkeit des Kindes beginnt mit dem zurückgelegten ſechszehnten Altersjahre . . ."

Code civil art. 903. „Le mineur âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer (soit par donation entre-vifs, soit par testament) . . .“ [1])

art. 904. „Le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.“ .

12. Das Gesetz erfordert zur Testirfähigkeit die Zurücklegung[2]) des 14. bez. 18. Lebensjahres. Es ist jedoch hiermit die Berechnung des Alters a momento ad momentum nicht vorgeschrieben; vielmehr kommt der allgemeine Grundsatz des § 46 Tit. 3 Th. I A. L. R zur Anwendung:

> „Ist die Erwerbung eines Rechtes an einen gewissen Tag gebunden, so wird dasselbe, sobald der Tag angefangen ist, für erworben geachtet.“

Hiernach tritt die Testirfähigkeit mit dem Beginne des Tages ein, an welchem Jemand sein 14. bez. 18. Lebensjahr vollendet.[3])

13. Der § 18 d. T. handelt von „letztwilligen Verordnungen“ überhaupt, ist daher auf Testamente nicht beschränkt. Hiernach sind Minderjährige unter achtzehn Jahren von der Befugniß, außergerichtliche Codicille zu errichten, gänzlich ausgeschlossen. Dagegen wird man ihnen unter Voraussetzungen, unter denen das Privilegium militärisch zu testiren, eintritt, das Recht, in dieser Weise mündlich eine letzte

---

[1]) Vergl. Großh. Hessischer Entwurf (1845) Abth. III § 73. „Personen, welche das sechszehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, sind unfähig, einen letzten Willen zu errichten.“

[2]) Vergl. Ulp. l. 5 D. qui test. fac. (28, 1): . . . Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

Vergl. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik II Abth. I S. 526 f. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

[3]) Vergl. Gesetz-Revision Pensum XVI S. 97.

So sagt auch Kreittmayr a. a. O.: Es läuft aber dieser Termin nicht naturaliter de momento in momentum, sondern civiliter de die in diem. Sobald also der letzte Tag desselben einmal angefangen hat, wird auch zu Favor des Pupillens pro completo gehalten, folglich ist er nicht schuldig mit dem Testament so lang zuzuwarten, bis der erste Tag des 15. und resp. 13. Jahres würklich angefangen hat. Stryk, de caut. test. cap. III § 4.

Willensordnung zu machen, nicht absprechen können, weil ein letzter Wille, welcher vor einer gesetzlich die Stelle des Richters vertretenden Person mündlich erklärt worden, in der That einem vom Richter aufgenommenen ganz gleichsteht.

---

§ 18. «Soweit Kindern, die noch unter väterlicher Gewalt sind, der Mangel des gesetzmäßigen Alters nicht entgegensteht, bedürfen dieselben, auch in Ansehung des nicht freien Vermögens, keiner Einwilligung des Vaters.»

14. Die im röm. Recht als Regel geltende Unfähigkeit der Hauskinder, selbst mit Zustimmung des Vaters zu testiren,[1]) hatte schon im späteren Rechte vermöge der sich immer mehr ausbildenden Vermögens- und Erwerbfähigkeit der Hauskinder[2]) ihren Boden verloren, und trat in Widerspruch mit der ganzen rechtlichen Stellung, welche das heutige Recht den unter väterlicher Gewalt befindlichen Kindern zuweist.[3])

Voet, com. ad P. XXVIII, 1 nr. 43: Moribus tamen hodiernis passim fere filiisfamilias testandi licentia competit etiam sine patris consensu, nec patria potestas impedimento est . . . eodem scilicet modo, quo et potestas curatoria (in qua nunc inviti omnes minores sunt) jure civili ac hodierno inhabilem ad testandum non efficit eum, qui aetatem implevit statuto vel lege in testamentis requisitam. Hugo Grotius, manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 1 cap. 8.[4])

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Herzogthums Württemberg von 1610 Th. III Tit. 2 a. E.: „. . . Und wiewol die Kinder, ohngeachtet ihres vollkommenen Alters, so lange sie in Vätterlichem Gewalt seynd, nach

---

[1]) pr. J. quib. non est per. fac. test. (2, 12), § 6 J. de mil. test. (2, 11), l. 6 pr. D. qui test. fac. p. (28, 1), l. 3 § 1, l. 11. 12 C. eod. (6, 22).
Vergl. auch Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts S. 160—162.

[2]) Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 15 ff.

[3]) Siebenhaar, Comment. zum bürgerl. G.-B. für das K. Sachsen III S. 224: Welche Gründe auch immer im röm. Recht dafür vorhanden gewesen sein mögen, den Hauskindern die testamenti factio activa nicht einzuräumen, so ist doch soviel unzweifelhaft, daß nach der rechtlichen Gestalt, welche die väterliche Gewalt bei uns angenommen hat, es eine Consequenz ist, den in väterl. Gewalt stehenden Kindern in Beziehung auf ihr Vermögen die testamenti factio zu ertheilen.

[4]) Vergl. S. Stryk, Us. mod. Pandect. XXVIII. 1 § 6.

innhalt gemeiner beschriebner Rechten, nicht Testieren können, So wöllen Wir doch, daß solche Kinder, ob sie gleich noch bey ihren Eltern weren, in ihrem eignen Gut, so sie ererbt, oder durch Verheyratung, oder ihre Geschickligkeit, Dienst, oder auch in ander Weg errungen, gewonnen, oder überkommen (sofern sich sonsten an ihrem Alter oder Verstand kein Mangel befinden würde) dergestalt wol Testieren, oder andere Geschäfft von Todswegen fürnemmen mögen . . .“ [1])

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2066 (s. oben S. 327).

---

§ 19. «Bei Frauenspersonen ist, auch an Orten, wo sie keine Verträge ohne Geschlechtsvormund schließen können, die Zuziehung eines solchen Curators bei ihren letzten Willensverordnungen nicht nothwendig.»

15. Dieser Grundsatz gilt schon nach gemeinem Rechte.

Carpzov, Jurispr. for. P. II cap. 15 def. 10. Mulier absque consensu curatoris non solum testari, sed et mortis causa donare potest.

Muelleri addit. ad Struv synt. jur. civ. Exerc. 32 th. 9 nota δ: . . . V. Idem dicendum est in mulieribus, quae sine curatorum consensu condendi testamenti potestatem habent. Ubicunque enim non metuendum est, ne mulier ex imbecillitate sexus suam faciat conditionem deteriorem, aut patrimonium suum diminuat, ibi curatoris assistentia necessaria non est.[2])

Ebenso der Rechtssatz, daß eine Ehefrau zu ihren letztwilligen Verfügungen der Zustimmung ihres Ehemannes nicht bedarf.

Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. II tit. IV def. 4: . . . Mulier absque consensu mariti per ultimam aliquam voluntatem de

---

[1]) Vergl. auch Hohenlohsches Land-Recht IV. 1 § 3: „Die Kinder, welche unter der Eltern Gewalt noch stehen, und über 16 Jahre alt sind, können über das Vermögen, so sie außer der Eltern Kost durch ihren Fleiß in fremden Diensten erworben haben, gültig testiren, und wann sie ein solch Vermögen haben, davon ihnen gegenwärtig nur das Eigenthum, denen Eltern aber die Nutz-Nießung zustehet — so können sie zwar über das Eigenthum durch ihren letzten Willen Verordnung (insoferne solche denen Heyraths-Pactis nicht zuwider ist) thun, die Nutz-Nießung aber bleibt denen Eltern, so lang sie leben, oder bis sie mit ihren andern Kindern abtheilen, bevor.“ (Kraut, Grundriß § 224 Nr. 25.)

Sehr ausführliche Bestimmungen enthält auch hierüber die Kaiserl. Land-Gerichts-Ordnung des Stiffts-Würtzburg und Hertzogthums zu Franken Th. 3 Tit. 39 §§ 7 ff.

Das Baierische Landrecht dagegen hält hier noch am röm. Recht fest.

[2]) Gottschalk, Selecta Discept. for. capita cap. V. Foeminae innuptae

rebus suis disponere easque alienare potest: ultimae enim voluntates sic fiunt, ut non nisi in casu mortis disponentis, adeoque in casu soluti matrimonii valeant, quo tempore maritorum nihil interest, quid de rebus uxoriis statuit.

Voet, com. in P. XXVIII, 1 Nr. 38: De cetero sexus muliebris fragilitas impedimento non est, quominus et foeminae suum supremum condant elogium, adeo ut, licet moribus non satis recte sine maritorum autoritate contrahant, si nuptae sint, tamen absque ea apud nos et plures alios recte testamento de sua disponant hereditate, eo quod dispositio talis demum sortitur effectus suos postquam maritalis in uxorem potestas jam morte finita est.[1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2068. „Ehefrauen können ohne ihre Ehemänner einen letzten Willen errichten.“[2])

Code civ. art. 905. „La femme mariée . . . n'aura besoin ni de consentement du mari, ni d'autorisation de la justice, pour disposer par testament.“

---

§ 20. «Personen, die nur zuweilen ihres Verstandes beraubt sind, können in lichten Zwischenräumen von Todeswegen rechtsgültig verordnen (§ 145).»[3])

§ 21. «Personen aber, die wegen Wahn- oder Blödsinns unter Vormundschaft genommen worden, sind, so

---

an et quatenus jure Saxonico absque curatorum auctoritate per pacta successoria disponere possint p. 47—59.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 21. Mai 1840 (Seuffert, Archiv IX. Nr. 179).

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 10. Septbr. 1842 (ebendas. VI. Nr. 51).

Ueber die Statuten-Collision in Betreff der Nothwendigkeit der Zuziehung eines Geschlechtscurators handelt ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 9. September 1863 (ebend. XVII. Nr. 1).

[1]) Vergl. Erkenntniß des Ober-Trib. zu Berlin vom 10. August 1849: Der Grundsatz des Lübischen Rechts, daß eine Ehefrau letztwillig nur insofern testiren könne, als ihr die Befugniß hierzu von ihrem Ehemann ausdrücklich gegeben worden, ist in den mit dem Lübischen Recht bewidmeten Städten des Herzogthums Pommern nicht recipirt und nicht zur Geltung gekommen. Präjud. Nr. 2130.

(Entsch. des K. Ob.-Trib. Bd. 18 S. 400 f.)

[2]) Motive: Diese Vorschrift galt schon gegenwärtig; die Ehefrau ist bloß soweit an den Consens des Ehemannes gebunden, als sie, abgesehen von Rezeptizien, sich durch Contracte unter den Lebenden nicht verpflichten kann.

[3]) Vergl. Reyscher: Ueber die Unfähigkeit der Geisteskranken zur Vornahme von Rechtsgeschäften (in der Zeitschrift für deutsches Recht XIII. 1852 S. 303 ff.).

lange die Vormundſchaft dauert, letztwillige Verordnungen zu errichten unfähig.»

§ 22. «Haben dergleichen Perſonen, innerhalb Eines Jahres vor angeordneter Vormundſchaft, eine außergerichtliche oder privilegirte Verordnung über ihren Nachlaß gemacht; ſo muß derjenige, welcher daraus einen nach den Geſetzen ihm nicht zukommenden Vortheil fordert, nachweiſen, daß der Verfügende damals, als er die letztwillige Verordnung errichtete, ſeines Verſtandes mächtig geweſen ſei.»

16. § 1 J. quib. non est perm. fac. t. (2, 12): Praeterea testamentum facere non possunt . . . furiosi, quia mente carent. Furiosi autem si per id temporis fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur, certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente . . .[1])

Labeo l. 2 D. qui test. fac. p. (28, 1): In eo qui testatur, ejus temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.

L. 5 C. de cod. (6, 36): Nec codicillos quidem furentem posse facere, certissimi juris est . . .

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Herzogthums Württemberg von 1610 Th. III Tit. II „. . . Desgleichen ſeyen auch Ohnbeſinnte, Tobſüchtige und Thörichte Leut, weil ſie ihrer Vernunfft und gemeinen Verſtands beraubt, ſo lang ſie nicht widerumb zu ihrem gutem Verſtand oder Vernunfft kommen, zu teſtieren nicht taugenlich. Doch im Fall ſolche Ohnbeſinnte und Tobſüchtige etwa beweißliche dilucida intervalla hetten, und ihr ohnbeſinnte Weiß ſo lang und ſovil nachließ, daß ſie, von wegen widererlangten genugſamen Verſtands, zum Teſtieren nicht ohntaugenlich ſeyn, und in einer ſolchen Zeit habender guten Vernunfft, Teſtamenten und Letzte Willen rechtmäſſiglich auffrichten würden . . . Sollen ſelbige . . . Beſtand haben . . .“ [2])

---

[1]) L. 9 C. qui test. fac. p. (6, 22): Furiosum in suis inductis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit. Sancimus itaque tale testamentum hominis, qui in ipso actu testamenti adversa valetudine tentus est, pro nihilo esse. Si vero voluerit in dilucidis intervallis aliquid condere testamentum, vel ultimam voluntatem, et hoc jam sana mente incoeperit facere, et consumaverit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum sive quamcunque ultimam voluntatem censemus: si et alia omnia accesserint, quae in hujusmodi actibus legitima observatio requirit.

[2]) Vergl. Kaiſerl. Land-Gerichts-Ordnung des Stiffts Würtzburg und Hertzogthums zu Franken Th. III Tit. 39 § 2. „Auch mögen dieſe, ſo ihrer Ver-

Lübiſches Recht Th. II Tit. I Art. 1. „Welch ein Mann ein Teſtament machen will, der ſoll ſeyn bei voller Vernunft und mächtig ſeiner Sinnen.“

Baieriſches Landrecht (Cod. Maxim. Bavar. civ.) Th. III Kap. III § 3. „. . . Soviel nun 4to diejenigen betrifft, welche nur von Natur gehindert ſind, wird bei ihnen lediglich auf die Zeit, da man das Teſtament verfertigt, geſehen . . . alſo wenn z. E. ein Unſinniger vor oder nach der Raſerey oder während erweislichem dilucido Intervallo teſtirt, ſo ſtehet die vor- und nachgängige Raſerey nicht mehr im Wege . . .“

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2069. „Des Vernunftsgebrauches Beraubte können in lichten Zwiſchenräumen, wenn das Gericht, welches ihnen den Vormund beſtellt hat, ſich auf Grund gerichtsärztlicher Unterſuchung ihres Zuſtandes überzeugt, daß ſie ſich in dem Gebrauche ihrer Vernunft befinden, einen letzten Willen vor dieſem Gerichte errichten.[1])

Code civ. art. 901. „Pour faire . . . un testament, il faut être sain d'esprit.“

17. Die Vorſchrift des § 21 d. T. enthält eine erhebliche Abweichung vom gemeinen Recht,[2]) die wohl Zweckmäßigkeitsgründe für ſich haben mag,[3]) aber dem Rechtsprinzip widerſtreitet. Der ganze

---

nunft und Verſtands gäntzlich beraubt, ſo lang, biß ſie wieder zu guter Vernunfft und rechtem Verſtand kommen, nicht teſtiren. Diejenigen aber, welche, ob ſie gleich bißweilen keinen vollkommenen Gebrauch ihres Verſtandes haben, dennoch zu gewiſſen Zeiten an demſelbigen keinen, oder geringen Mangel leiden, werden zur Zeit, wann ſie bey Sinnen ſeynd, von ihren Güthern Verordnung zu thun, nicht gehindert.“

[1]) In Siebenhaar's Comment. III. S. 226 wird dazu bemerkt: Man hat durch die Verweiſung des Teſtiractes an das betreffende Vormundſchaftsgericht Mißbräuchen vorbeugen wollen, welche vorkommen könnten, wenn der letzte Wille vor einem mit den Verhältniſſen und mit der Perſönlichkeit des Geiſteskranken nicht bekannten Gerichte errichtet würde. Denn wie die Beurtheilung der Dispoſitionsfähigkeit eines furiosus in lichten Zwiſchenräumen überhaupt eine ſchwierige und oft trügliche iſt, ſo erſcheint es als ein dringendes Gebot, zur Verhütung von Fehlgriffen und Täuſchungen die erforderlichen Maßregeln zu treffen.

[2]) Vergl. l. 6 C. de cur. fur. (5, 70): . . . per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt . . .

[3]) Sie hilft uns wenigſtens bei den bevormundeten Wahnſinnigen über die ſehr ſchwierige Frage hinweg, ob im concreten Falle ein lichter Zwiſchenraum anzunehmen ſei. (Vergl. die von Bornemann VI S. 15 f. mitgetheilten Materialien.)

Reyſcher a. a. O. S. 310 f. ſagt hierüber:

So wenig zum Begriffe der Geiſteskrankheit gefordert wird, daß ſie intenſiv jede geordnete Geiſtesthätigkeit aufhebe, ſo wenig wird dieſelbe

Zweck der Vormundschaftsanordnung geht überhaupt dahin, „Personen, welche für sich selbst zu sorgen nicht im Stande sind, unter die besondere Aufsicht und Vorsorge des Staats zu stellen“ [1]) — eine Vorsorge, welche sowohl auf die Person der Schutzbefohlenen, als auf die Erhaltung und Verbesserung ihres Vermögens gerichtet ist. [2]) Dem Entmündigten ist hiernach rücksichtlich aller Verfügungen über seine Person und sein Vermögen, aus denen nachtheilige Rechtsverhältnisse für ihn entstehen könnten, die Handlungsfähigkeit entzogen. Der Vormund (oder Kurator) tritt hier als sein Vertreter auf. Ein solches in der Vertretung einer handlungsunfähigen Person sich äußernde Schutzverhältniß kann aber in Beziehung auf letztwillige Verfügungen gar nicht wirksam sein, da hier der eigene Wille der Person zum Ausdruck kommen muß — ein Wille, der in keiner Weise bindet und erst mit dem Tode des Erklärenden, also zu einer Zeit, wo jedenfalls die staatliche Fürsorge für das Vermögen des Schutzbefohlenen aufgehört hat, in Kraft treten kann. Die Bevormundung eines Wahnsinnigen gibt sonach keinen Grund ab, ihn für unfähig zu erklären, selbst in lichten Zwischenräumen letztwillig zu verfügen — um so weniger, als eine solche Entziehung der Handlungsfähigkeit sich hier zu einer theil-

äußerlich als ein permanenter Zustand vorausgesetzt. Auch helle Zwischenräume sind daher weder bei dem Wahnsinn, noch bei dem Trübsinn ausgeschlossen, d. h. Zeitabschnitte, wo der volle Gebrauch der Vernunft wiedergekehrt ist. Zwar ist unter den Psychologen Streit, ob wirklich die Geisteskrankheit ganz freie Augenblicke zulasse, und so lange die Krankheit als ein die Harmonie der Kräfte störendes Leiden nicht gänzlich gehoben, die Herstellung nicht erfolgt, also die Gesundheit nicht zurückgekehrt ist, kann allerdings wohl von einer Remission des Krankheitsprozesses, aber nicht von einer Intermission der Krankheit im eigentlichen Sinne die Rede sein. Wenn indessen die Gesetze von lichten Augenblicken der Geisteskranken reden, so hat dies bloß Bezug auf die s. g. periodischen oder intermittirten Geisteskrankheiten, die sich in verschiedenen Anfällen äußern. Die lichten Zwischenräume sind also die in der Mitte zwischen mehreren Anfällen liegenden ruhigen, von dem vollen Bewußtsein erhellten Perioden, in welchen nicht von einer eigentlichen Krankheit die Rede sein kann, sondern bloß von einer besonderen Krankheitsanlage. Doch muß man sich hüten, eigentliche Unterbrechungen der Krankheit schon da anzunehmen, wo bloß die Symptome der Krankheit zeitweise zurückgetreten sind. Hofbauer, die Psychologie in ihrer Hauptanwendung auf die Rechtspflege.

[1]) § 1 Tit. 18 Th. II Allg. Landr.

[2]) §§ 232, 233 a. a. O.

weisen Entziehung der Rechtsfähigkeit gestaltet, da die Vormundschaft keine Möglichkeit zur Ausübung des fraglichen Rechts bietet.

Mit Recht hat daher das Oesterreich. Gesetzbuch eine solche Bestimmung nicht aufgenommen[1]) und das sächsische nur die in dem oben angeführten § 2069 gedachte Beschränkung angeordnet.[2]) So verordnet auch das privatr. Gesetzbuch für den K. Zürich ausdrücklich:

§ 2054. „Jede mündige Person, Mann oder Weib, sei dieselbe im übrigen selbständig oder unter Vormundschaft, ist in der Regel fähig, ein Testament zu machen, vorausgesetzt, daß sie zur Zeit der Testamentserrichtung,[3]) wenn auch kranken Leibes, doch bei gesunden Geisteskräften sei."

18. Eine wegen Wahnsinnes unter Vormundschaft gestellte Person hat während der Dauer ihrer Entmündigung in einem lichten Zwischenraume ein Testament errichtet. Sie stirbt, nachdem sie bereits ihrer Wiederherstellung wegen aus der Vormundschaft entlassen worden war. Ist das Testament gültig?

Wir würden diese Frage bejahen müssen, wenn nach den Ausführungen zu Nr. 17 anzunehmen wäre, daß dem Testator nicht ein

---

[1]) Vergl. Unger, System des österreich. Privatr. II S. 76 Note 8.

Eine solche Abweichung vom gemeinen Recht findet sich übrigens schon in älteren Partikularrechten. So wird in einem von S. Stryk (Usus mod. Pand. XXVIII, 1 § 4) mitgetheilten Facultäts-Responsum einer Landes-Fürstl. Ordnung gedacht, welche bestimmt: „daß wenn ein Mensch aus Verhängniß Gottes in eine Blödsinnigkeit gerathen und vor Sinnloß erkläret würde, dann und wann aber dilucida intervalla überkommen möchte, nichts desto weniger auf keine Weise fähig sein könnte, einige testamental oder anderwärtige disposition zu thun, ehe und bevor er nicht durch das größere Landrecht oder selbst eigenen Landes-Fürsten vorgeschieden und der Vernunftsmäßigen Menschen zuvor und hinwiederum erkläret worden."

[2]) Der Großherz. Hessische Entwurf (1845) enthält dagegen die Vorschrift Abth. III Art. 72 „— Entmündigte Geisteskranke sind, so lange die Entmündigung dauert, unfähig, einen letzten Willen zu errichten."

In den Motiven (S. 53) ist dazu bemerkt: Nach den in dem Titel von der Curatel angenommenen Grundsätzen müssen Personen, die wegen Geisteskrankheit in den Zustand der Entmündigung versetzt worden sind, so lange, mit Ausschluß des Gegenbeweises, als testirunfähig betrachtet werden, bis ihre Entmündigung rechtskräftig wieder aufgehoben ist.

Dieser Grundsatz findet sich auch im Code civil art. 502.

[3]) Diese Worte wurden, wie Bluntschli in seinen Erläut. IV. S. 138 bemerkt, hinzugefügt, um anzudeuten, daß auch eine wegen Geisteskrankheit bevormundete Person in lichten Zwischenräumen (lucida intervalla) ein gültiges Testament errichten kann.

natürlicher, ſondern ein juriſtiſcher Mangel der Teſtirfähigkeit entgegengeſtanden habe, alſo die Vorausſetzung des § 13 d. T. zuträfe. Letzteres iſt jedoch nicht der Fall. Der § 13 betrifft nur das Verbot eines poſitiven Geſetzes, „welches ſich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezieht.“ Ein ſolches iſt in der Vorſchrift des § 21 nicht zu finden, da damit nur eine unumſtößliche Rechtsvermuthung über die Fortdauer eines natürlichen Mangels geſchaffen, alſo eigentlich nur eine Beweisfrage entſchieden iſt.[1])

19. Eine ſolche Beweisfrage — ein an ſich ſehr wichtiger Punkt — kann nach unſerem Rechte hiernach nur in Anſehung der nicht entmündigten Geiſteskranken aufgeworfen werden.

Im Allgemeinen gilt der Grundſatz, daß die Handlungsunfähigkeit einer Perſon, alſo hier die Geiſteskrankheit eines Teſtators von demjenigen bewieſen werden muß, der daraus die Ungültigkeit einer vorliegenden Willenserklärung ableitet[2]) — eine Regel, die von den älteren Juriſten meiſt in die Form einer für das Gegentheil ſprechenden Rechtsvermuthung eingekleidet wird.[3])

---

[1]) Vergl. Mascardi de Probat. concl. 827 nr. 7, 8: Illud etiam indicium non leve est furorem probandi, cum ratione dementiae datus est ei curator: ut illius curam gereret ... Quod adeo verum est, ut ille qui datus est curator dicere non possit, nec audiatur, si dicat illum non fuisse furiosum, cui datus est curator.

C. A. Gottschalk, annal. p. 152: ... Inficias ire non licet, e sola curatoris datione haud levem adversus fatuum et obtusum oriri praesumtionem, eum rebus suis superesse non posse.

Stryk de dementia C. 2 § 18.

[2]) Eine ausdrückliche Entſcheidung hierüber findet ſich in Cap. 3 X. de success. ab intest. 3, 27 (von Innocentius III): Quia vero pars episcopi (d. h. als Beklagter) asserebat, se velle probare, quod dictus archipresbyter in extremis laborans tanquam phreneticus alienatus erat mente, unde non voluit, quod expressit: Nos causam illam tibi sub hac forma duximus committendam, quod nisi praefatus episcopus legitime probaverit saepe dictum archipresbyterum suae mentis compotem non fuisse, cum ultimam voluntatem expressit, super impetitione monasterii perpetuum ei silentium imponatur, et compellatur restituere monasterio ... (J. Mayen, Ueber Beweislaſt, Einreden und Exceptionen, Gött. 1861 S. 110, 111).

[3]) Mantica, tract. de conject. ult. vol. (Francof. 1580) Lib. II tit. V § 2: Et certe quilibet praesumitur sanae mentis esse, et ei, qui dicit, testatorem fuisse furiosum, vel mente captum onus probandi incumbit ... Et hoc

So verordnet das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch in spezieller Richtung auf die Beweisfrage:

§ 566. „Wird bewiesen, daß die Erklärung (des letzten Willens) im Zustande der Raserey, des Wahnsinns, Blödsinnes, oder der Trunkenheit geschehen sey, so ist sie ungültig.“ [1]

Dagegen fragt sich:

ob dieser Beweis schon für geführt anzusehen sei, wenn auch nur feststeht, daß der Testator vor der Erklärung seines Willens an periodischem Wahnsinn gelitten habe, so daß nun dem die Gültigkeit des Testamentes behauptenden Gegner der Beweis obliege, dasselbe sei in einem lichten Zwischenraume errichtet.

Die Rechtslehrer streiten hierüber.[2])

---

quidem certo certius est, nam haec praesumtio est naturae, ut sensus et ratio naturalis in quolibet homine praesumatur.

Mascardi, de Probat. concl. 825 nr. 5 — furiosum in dubio neminem praesumi, cum quilibet sanae mentis esse praesumatur. Nr. 6. Cujus rei ratio illa reddi potest, quia haec praesumtio sanae mentis propria ipsius naturae praesumtio est, ut scil. sensus et ratio naturalis in quolibet homine praesumatur ... Nr. 7. Perseverantia enim semper praesumitur ex qualitate mentis secundum naturam. Nr. 8. Hinc propterea est, ut qui furiosum aliquem esse dixerit, id ei onus probandi incumbat ...

Mevius, com. in Jus Lubec. P. I tit. I art. 1 nr. 20: Ea autem juris est praesumtio, quod quilibet testator tempore conditi testamenti sanae mentis fuerit. Ea tamen probationem in contrarium admittit, quae incumbit dicenti testaforem sanae mentis non fuisse.

Menochius, de Praesumt. Lib. VI Praes. 45 nr. 19. 20 ... natura ipsa parit homines sanae mentis: et ideo qui asserit aliquem esse insanum, repugnat ipsi naturae, atque ita ei adversatur praesumtio, quae a natura ipsa descendit; quae quidem praesumtio eum probationis onere gravat.

[1]) Vergl. Code civ. art. 503. „Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.“

[2]) Mantica l. c. § 7. Mascardi l. c. nr. 17 ... si ex adverso probatum fuerit, furiosum habuisse dilucida intervalla, hoc casu magis gravabitur onere probandi furorem adfuisse tempore actus gesti, quia tunc tempore, quo cessavit furor, praesumeretur actus gestus. Concl. 826 nr. 13: dicendum fortasse videtur, furiosum habentem dilucida intervalla praesumi sanae mentis eo tempore, quo actum gessit, si actus ipse ita gestus fuerit, ut ex eo nullum stultitiae signum colligi possit; nam tunc in dubio censeri debet juxta qualitatem ejus dispositionis, creditur enim eum qui gessit actum, suae mentis fuisse compotem, cum sapienter actum gesserit.

Vinnii com. in § 1 J. 2, 12 nr. 2: ... Quid si proferatur testamen-

Auf dieſe Frage bezieht ſich die Beſtimmung des Oeſterreichiſchen bürgerl. Geſetzbuches:

§ 567. „Wenn behauptet wird, daß der Erblaſſer, welcher den Gebrauch des Verſtandes verloren hatte, zur Zeit der letzten Anordnung bey voller Beſonnenheit geweſen ſei; ſo muß die Behauptung durch Kunſtverſtändige, oder durch obrigkeitliche Perſonen, die den Gemüthszuſtand des Erblaſſers genau erforſchten, oder durch andere zuverläſſige Beweiſe außer Zweifel geſetzt werden.“ [1])

Der hier angedeutete Geſichtspunkt iſt wohl auch der allein richtige. — Der am periodiſchen Wahnſinne Leidende hat eine beſchränkte Handlungsfähigkeit. Er iſt nur ausnahmsweiſe handlungsfähig — nämlich in lichten Zwiſchenräumen. Wer daher einen ſolchen Ausnahmezuſtand des Wahnſinnigen für ſich anführt, muß ihn beweiſen, wobei allerdings der Inhalt der letztwilligen Erklärung ſelbſt als Beweismoment dienen kann.[2]) Für dieſe Anſicht entſcheidet ſich auch die Franzöſiſche Jurisprudenz.[3])

---

tum conditum a furioso, quem certum est, habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et si quidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfamilias sanae mentis sic dispositurus fuisse judicetur, pro testamento respondendum et credendum intervalli tempore factum.

Bruunemann, com. in C. ad l. 6 qui test. fac. (6,22) nr. 2. Quaeritur: an in dubio potius tempore furoris, an tempore sanae mentis testamentum conditum esse praesumatur? Et communior est sententia, licet non probetur, tunc fuisse in intervallo, attendenda esse contenta testamenti, an sanae menti conveniant.

Ueber die entgegengeſetzte Anſicht vergl. Menochius l. c. nr. 63 und die daſelbſt angeführten Rechtslehrer.

[1]) Ueber die Bedeutung dieſer Vorſchrift ſagt Unger, Syſtem des öſterreich. Privatr. II. § 123 Note 23: Bildet die Rechtsfähigkeit die Regel, ſo hat der Kläger die Regel für ſich, und es iſt Sache des Gegners, die Ausnahmen darzuthun ... Bildet dagegen die Rechtsunfähigkeit die Regel, ſo hat jene Partei, welche aus einem ſolchen Geſchäft ein Recht für ſich ableitet, die Rechtsfähigkeit zu behaupten und zu beweiſen ... Daſſelbe gilt in Anſehung der Handlungsfähigkeit: iſt jemand handlungsunfähig, ſo hat derjenige, der ſich auf ein von dem regelmäßig Handlungsunfähigen vorgenommenes Geſchäft ſtützt, die ausnahmsweiſe Fähigkeit deſſelben zu behaupten und zu beweiſen. Hieraus erklärt ſich die Beſtimmung des § 567 a. a. O.

[2]) Inſofern hat es alſo ſeinen guten Grund, wenn die oben S. 337 Note 2 angeführten Rechtslehrer dem Inhalte des Teſtamentes ein entſcheidendes Gewicht beilegen.

[3]) Vergl. Les Codes annotés de Sirey (par Gilbert) Paris 1862 Vol. I. p. 389 nr. 6. Un testament olographe fait par un individu en état de démence

20. Der Beweis, daß der Teſtator wegen Geiſteskrankheit unfähig geweſen, einen letzten Willen zu errichten, iſt auch gegen gerichtliche Teſtamente zuläßig.*)

Dies gilt auch nach Preuß. Recht, wie ſchon daraus hervorgeht, daß der § 23 d. T. nur den Einwand, „daß Jemand zur Errichtung ſeines Teſtamentes durch Gewalt und Drohungen gezwungen, oder durch Irrthum, Betrug, in der Trunkenheit, oder in heftigen Leidenſchaften verleitet worden," gegen gerichtlich aufgenommene Verordnungen der Regel nach ausſchließt. — Gleichwohl hat unſer Ober-Tribunal in dem Präjudiz vom 27. März 1848 Nr. 1998 den Rechtsſatz angenommen:

> „Der Einwand, daß der Teſtator zur Zeit der Errichtung des letzten Willens blödſinnig geweſen ſei, findet, wenn er auch nachher wegen Blödſinns unter Vormundſchaft geſetzt worden iſt, gegen ein gerichtliches Teſtament nicht ſtatt, bei deſſen Aufnahme ſich der Richter überzeugt hat, daß der Teſtator ſeines Verſtandes mächtig ſei."

---

est valable, s'il a été fait dans un intervalle lucide; et il doit être considéré comme fait dans un intervalle lucide, par cela seul que ses dispositions n'offrent rien qui puisse faire supposer la démence.

Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV. § 648 Note 1.

Codes annotés cit. nr. 9. L'héritier qui, pour annuler un testament, articule que le testateur était dans un état habituel de démence ou d'imbécillité, est recevable dans la preuve par lui offerte, encore que les fait articulés ne se rapportent pas précisément à l'époque du testament. Si, en ce cas, le légataire prétend que le testament a été fait dans un intervalle lucide, c'est à lui d'établir son allégation: les intervalles lucides ne se presument pas, lorsqu'il y a état d'imbecillité ou de démence.

*) Erkenntniß des A.-G. zu Leipzig von 1844: Ueber A iſt am 3. Okt. 1840 vom Phyſikus das Gutachten auf Erfordern des über A competenten Gerichts abgegeben worden: „A leidet am Kindiſch werden, amentia senilis, und iſt deshalb dispoſitionsunfähig." Am 3. Nov. wird ihm ein Zuſtands-Vormund geſetzt: aber am 29. Okt. hatte er ein Teſtament vor Gericht gemacht; im Protocoll heißt es: „aus der mit dem Teſtator angeſtellten Unterredung habe ſich ergeben, daß er vollkommen dispoſitionsfähig ſei." Dieſes Teſtament iſt ungültig: denn das Phyſikats-Zeugniß muß den Vorzug haben, weil es früher ertheilt iſt und auf Beobachtungen beruht, die für den Zweck, den geiſtigen Zuſtand A's zu erforſchen, angeſtellt wurden; vorzüglich aber, weil es von einem verpflichteten Sachverſtändigen ausgeht, der vom competenten Gericht zur pſychiatriſchen Exploration beauftragt war. (Emminghaus, Pand. des gem. Sächſ. R. S. 105 Nr. 21.)

Dieses Präjudiz ist lediglich auf den § 22, in Verbindung mit den §§ 147, 152 d. T., gestützt, woraus „mit Evidenz" gefolgert wird:

> daß bei nicht bevormundeten Personen der Beweis des Blödsinnes gegen gerichtliche, unter den gesetzlichen Erfordernissen wegen Exploration der Dispositionsfähigkeit, errichtete letztwillige Verfügungen unzulässig ist. Es komme daher — so wird weiter bemerkt — Alles darauf an, ob dem die Testamentsaufnahme vollziehenden Richter die Ueberzeugung gegeben worden, der Testator besitze die nöthigen, natürlichen Fähigkeiten, um seinen Willen gehörig zu erklären, und ob dem Richter keine Pflichtwidrigeit beigemessen werden könne.[1])

Gegen diese Folgerung aus dem oben angeführten § 22 d. T. muß der entschiedenste Widerspruch eingelegt werden. Der § 22 enthält allerdings eine Ausnahmevorschrift, aber nur eine solche, welche in Ansehung der von einer wegen Wahn- oder Blödsinns entmündigten Person innerhalb eines Jahres vor angeordneter Vormundschaft über ihren Nachlaß errichteten außergerichtlichen oder privilegirten Verordnungen die Beweislast umkehrt, also demjenigen, der daraus einen ihm gesetzlich nicht zukommenden Vortheil fordert, den Beweis der Verstandesmächtigkeit des Verfügenden auferlegt. Dies läßt immer nur den Schluß zu, daß bei den gerichtlich aufgenommenen Verordnungen eine solche Ausnahme nicht statt findet, daß es also hier bei der Regel bleibt, wonach dem die Handlungsunfähigkeit des Testators Behauptenden der Beweis obliegt.[2]) Wie kann man also hier zu einer unumstößlichen Rechtsvermuthung, (einer praesumtio juris et de jure) gelangen? Es ist dies um so weniger möglich, als der § 22 ganz unterschiedslos von den „wegen Wahn- oder Blödsinns" entmündigten Personen spricht, also wegen der später für wahnsinnig erklärten dasselbe gelten müßte. Die Berufung auf den gedachten § 22 beweist hiernach zuviel und somit gar nichts. Die §§ 147 ff. d. T. entscheiden aber hier ebensowenig, da sie sich nur auf den Fall des periodischen Wahnsinns beziehen, überhaupt nur eine Dienst-Instruktion für den Richter und kein eigentliches Gesetz enthalten.

---

[1]) Rechtsfälle des Ober-Trib. B. 3 S. 450.

[2]) Bornemann, Syst. Darst. VI. S. 16.

§ 23. «Der Einwand, daß Jemand zur Errichtung seines Testaments durch Gewalt und Drohungen gezwungen, oder durch Irrthum, Betrug, in der Trunkenheit, oder in heftigen Leidenschaften verleitet worden, findet gegen gerichtlich aufgenommene Verordnungen nicht Statt.»

§ 24. «Kann jedoch ausgemittelt werden, daß der Richter um einen solchen Mangel bei der Willenserklärung des Testators gewußt, und dieselbe dennoch von ihm an- oder aufgenommen habe; so ist die ganze Handlung von Anfang an nichtig, der Richter aber, wegen vorsätzlich verletzter Amtspflicht, nach näherer Bestimmung der Criminalgesetze verantwortlich.»

§ 25. «Wie weit und unter welchen Umständen außergerichtliche oder privilegirte letztwillige Verordnungen wegen eines solchen Mangels angefochten werden können, ist nach den allgemeinen Grundsätzen von Willenserklärungen überhaupt zu beurtheilen.»

21. Wie die Willenserklärung überhaupt nur als der Ausdruck des wahren und freien Willens rechtliche Bedeutung haben kann, so gilt dies ganz vorzugsweise von der testamentarischen, die schon nach ihrem Begriffe als letzter Wille die freieste Selbstbestimmung der Person, von der sie ausgeht, voraussetzt. Jeder Mangel, der eine solche Willensfreiheit aufhebt oder beschränkt, muß daher die letztwillige Verfügung ungültig oder anfechtbar machen.[1])

Da wir es hier nur mit allgemeinen Grundsätzen zu thun haben, so wird es einer näheren Darlegung derselben in der besonderen Rich-

---

[1]) Revidirt. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 1 Art. 1 § 1 „... Zu dem soll auch ein jegliches Testament nach freyem unbezwungenem Willen des Testirers, und nicht nach Anzeig oder Gefallen seiner Freunde oder anderer, gestellet werden: Dann solcher freyer Wille stehet allein in des Testirers einigen Gewalt."

Baierisches Landrecht (Codex Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 3. „Ein jeder letzter Wille muß, bei Vermeidung der Nullität, ... des Disponenten selbsteigener ... wahrer und freyer ... Wille sein ..."

§ 7. „Wenn es dem Disponenten etwa am genugsamen Verstande, wie z. E. Kindern, Unsinnigen, Schlafenden, stark Betrunkenen ermangelt, oder die Disposition erweislichermaßen nur mit Gewalt und Furcht erzwungen, betrüglicher und hinterlistiger Weise erschlichen, durch wesentlichen Irrthum

tung auf letzte Willensordnungen bedürfen, wiewohl die gemeinrechtliche Literatur ſehr reich an ſolchen Erörterungen iſt. Es ſei nur auf Einzelnes hingewieſen:

a) Einfluß des Zwanges.*)

Mühlenbruch, Fortſetzung des Glück'ſchen Commentars B. 43 S. 485—491.

v. Vangerow, Pandekten II § 431 und die daſelbſt angeführten Schriftſteller.

Schliemann, die Lehre vom Zwange (Roſtock 1861) S. 80 f.

b) der Ueberredung.

Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. 1 def. 11: Quando liceat testatorem blandis verbis inducere ad testa-

---

veranlaßt ... ſo iſt es entweder kein freier Wille, oder doch kein wahrer Wille."

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 565. „Der Wille des Erblaſſers ... muß im Zuſtande der vollen Beſonnenheit, mit Ueberlegung und Ernſt, frey von Zwang, Betrug und weſentlichem Irrthume, erklärt werden."

*) Vergl. l. 1 C. si quis aliquem test. prob. (6, 34): Civili disceptationi crimen adjungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel a quolibet alio quos noluerit scripsit heredes.

Frankfurt. erneuerte Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 9 § 1 Nr. VIII. „Item, Iſt das Teſtament gleich anfangs nichtig, welches dem Teſtirer mit Gewalt, Schrecken und Forcht, iſt abgedrungen worden."

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2078. „Ein letzter Wille, zu welchem der Erblaſſer durch körperliche Ueberwältigung oder durch Furcht beſtimmt wurde, iſt nichtig. Es iſt gleich, ob die körperliche Ueberwältigung oder die Furcht erregende Handlung von dem in dem letzten Willen Bedachten oder von einem Dritten, mit oder ohne Vorwiſſen des Bedachten, ausgegangen iſt."

In Siebenhaar's Comment. III S. 229 f. iſt dazu bemerkt: Der Grund, warum man auch im Falle des phyſiſchen Zwanges Nichtigkeit des letzten Willens angenommen hat, liegt darin, daß es dem Charakter letzter Willen, bei welchen nicht, wie bei Verträgen, von einem Seitens des Gezwungenen geltend zu machenden Rechte die Rede ſein kann, mehr entſpricht, den Fehler, an dem ein erzwungener letzter Wille leidet, als Grund der Nichtigkeit, nicht aber der Anfechtbarkeit zu betrachten.

Auch nach Oeſterreich. Recht, wie Unger § 13 Note 2 bemerkt, iſt die erzwungene und erliſtete letztwillige Verfügung nichtig und zwar abſolut nichtig.

mentum faciendum? Quando metus reverentialis vitiet testamentum?

Consil. Tubing. Vol. I nr. V. . . . An Legatum, blanditiis, vel immodicis sollicitationibus conciliatum subsistat?

Carpzov, Jurispr. for. P. III cap. 5 def. 7. Blanditiis testatorem ad testamenti factionem inducere haud est prohibitum. [1])

def. 8. Ad falsas autem et dolosas persuasiones conditum testamentum non subsistit.

def. 9. Nec vi metuve, aut duris ac importunis sollicitationibus extortum testamentum vel donatio mortis causa subsistit. [2])

def. 11. Non praesumitur testator verbis duris, importunisque sollicitationibus inductus testamentum suum fecisse, nisi praesumtionibus id doceatur. [3])

---

[1]) Mevii com. in Jus Lubec. P. II tit. IV nr. 32. . . Haec autem eo trahenda non sunt, quasi testatorem blando sermone, ut aliquem heredem instituat invitare non liceat. Ex hoc institutio non redditur vitiosa.

v. Bülow und Hagemann, pract. Erört. IV Nr. 27. Eine durch Ueberredungen erwirkte Erbeseinsetzung ist nicht für ungültig zu halten.

Erkenntniß des L.-G. zu Wolfenbüttel vom 22. April 1841: Bloße Ueberredungen stehen der Gültigkeit einer testamentarischen Verfügung nicht im Wege, wenn nicht durch dieselben die Freiheit des Willens aufgehoben, also die Ueberredung eigentlich zum Zwange geworden war. (Matthiä, Controv.-Lexicon II S. 61.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena von 1849: Beredung zur Testamentserrichtung macht, wenn nicht Erregung eines die Gültigkeit des letzten Willens aufhebenden wesentlichen Irrthums dargelegt wird, ein Testament keineswegs ungültig. (Emminghaus, Pandekt des gem. Sächs. Rechts S. 618 Nr. 2.)

[2]) Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 8 not. δ. Exerc. 34 th. 52 not. α.

Erneuerte Frankfurt. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 2 § 11 „Zum Letsten, Sollen die Zeugen, und auch der Notarius, sonderlich darauff acht geben, . . . ob kein böser Argwohn darbey seye, daß er (der Testator) nicht freywilliglich, sondern mehr denjenigen, so umb ihnen seynt, und vielleicht mit harten Worten, und ungestümmen anhalten, zu solchem Testiren getrieben haben, zu gefallen, solches also handele."

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 27. Oktober 1863: Ein Testament ist ungültig, wenn der Testator während seiner letzten Krankheit zur Errichtung desselben durch ungestüme Zudringlichkeit und unablässiges Bitten seines Arztes veranlaßt wurde. (Archiv für prakt. Rechtswissensch. N. F. I. S. 345 ff.)

[3]) Id. def. 14. In causa testamenti, metu et importunis sollicitationibus ex-

Leyser, medit. ad Pand. spec. 375 de heredipetis et illicitis eorum artibus.

v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Max. Bavar. civ. Th. III Cap. II § VII.

c) des Betruges.

Mühlenbruch a. a. O. B. 43 S. 491—493.

Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franzöſ. Civilr. (5. Aufl.) IV. § 653.[1])

d) des Irrthums.[2])

Donell., com. de jure civ. Lib. VI cap. XXI.

Cons. Tubing. Vol. II cons. XXVII. Error in persona instituti heredis quousque defuncti testamentum annullet?

Mühlenbruch a. a. O. B. 40 S. 199 ff.

---

torti, locum non habet delatio juramenti. Def. 15. Reo tamen, de compulsione et importunis sollicitationibus gravato praesumtionibus et indiciis juramentum purgationis bene injungi potest.

Haubold ad Berger oecon. jur. II 4. 13 p. 390: Quum non omnis persuasio vitiet testamentum, actor, qui testamentum ex causa violentae persuasionis impugnat, speciatim exprimere debet, quonam genere persuasionis reus usus sit, ut judex de eo, utrum sufficiat, nec ne, possit arbitrari, in libello, si jusjurandum delatum fuerit; alioquin in probatione clarius deduci potest, quales blanditiae testatorem ad condendum testamentum induxerint. Hommel Rhaps. II obs. 262.

Vergl. auch Strippelmann, Beweis durch Schrift-Urkunden Abth. II (Caſſel 1861) S. 189 Note 72.

[1]) Les Codes annotés de Sirey (edit. par Gilbert, Paris 1862) Vol. I art. 901 nr. 20. La captation et la suggestion peuvent être une cause de nullité d'un testament, lorsqu'elles ont été accompagnées de dol et de fraude: le Code laisse à l'arbitrage des juges toutes les anciennes règles sur cette matière.

[2]) Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 570. „Ein weſentlicher Irrthum des Erblaſſers macht die Anordnung ungültig. Der Irrthum iſt weſentlich, wenn der Erblaſſer die Perſon, welche er bedenken, oder den Gegenſtand, welchen er vermachen wollte, verfehlet hat."

§ 572. „Auch wenn der von dem Erblaſſer angegebene Beweggrund falſch befunden wird, bleibt die Verfügung gültig; es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblaſſers einzig und allein auf dieſem irrigen Beweggrunde beruhet habe."

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2079. „Ein letzter Wille, zu welchem der Erblaſſer durch eine irrige Vorausſetzung beſtimmt wurde, iſt nichtig. Die Unrichtigkeit eines von ihm angegebenen Beweggrundes hat

Dr. Weil: Welchen Einfluß übt der (ſ. g. ächte) Irrthum auf die Gültigkeit der letztwilligen Verfügungen aus? (Zeitſchr. für Civilr. und Proc. N. F. XX S. 100 ff.).[1])

e) der Trunkenheit.[2])

Voet, com. ad P. XXVIII, 1 nr. 35.

S. Stryk, de caut. test. Cap. III § 30 de ebrii testamento; § 31. de testatore ebrioso.

f) der heftigen Leidenſchaften.[3])

Lauterbach, Dissert. academ. (Tub. 1728) Vol. II disput. 92 de ira ejusque in jure effectibus nr. 21.

S. Stryk, de caut. test. Cap. III § 32 de testamento irati.

Leyser, Med. ad P. spec. 352 m. 3. 4. Testamentum summe irati non valet. — Convalescit tamen, si perseverantia appareat.

v. Berg, Juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle Th. 1 (Göttingen 1802) Nr. IX. Ueber ein im Zorn errichtetes Teſtament.

Glück, Comment. B. 33 S. 361—366.

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. X S. 720.

---

die Nichtigkeit des letzten Willens nur zur Folge, wenn anzunehmen iſt, daß der Erblaſſer die Verfügung nicht getroffen haben würde, falls er das wahre Sachverhältniß gekannt hätte."

§ 2080. „Hat der Erblaſſer eine andere Perſon, als die, welche er bedenken wollte, oder einen andern Gegenſtand, als den, welchen er zuwenden wollte, angegeben, oder ſonſt etwas Anderes, als er gewollt, ausgeſprochen, ſo iſt der letzte Wille nichtig."

[1]) Vergl. v. Holzſchuher, Theorie und Caſuiſt. II. Abth. 1 S. 543 f. — Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena (eingeholt bei dem Spruchcolleg. zu Erlangen) vom 17. März 1856 (Seuffert, Archiv XI Nr. 58). Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmſtadt vom 27. Okt. 1863 (Archiv für prakt. Rechtswiſſenſch. N. F. I. S. 350 f.). Vergl. auch den in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" B. VIII S. 55 f. mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) Le Code annoté de Sirey art. 901 nr. 19. L'état d'ivresse opère incapacité actuelle de tester.

[3]) Le Code annoté de Sirey art. 901 nr. 16. Une passion portée au point de troubler la raison, rend celui qui en est possédé incapable de tester.

Nr. 17. De même, un testament peut être annulé comme fait ab irato.

Nr. 18. Cependant l'action ab irato ne peut être admise que comme une suite du principe, que pour faire un testament il faut être sain d'es-

22. Der im § 23 d. T. aufgeſtellte Rechtsſatz ſteht im Zuſammenhange mit der Vorſchrift des § 126 Tit. 10 der Proz.-Ordn.,[1]) geht aber über dieſelbe in einer Weiſe hinaus, die ſchwerlich zu rechtfertigen ſein möchte. Eine gerichtliche Urkunde gibt Zeugniß über das, was vor dem Richter erklärt und verhandelt iſt. Dieſes Zeugniß iſt ein vollgültiges,[2]) ja ein ſolches, das nur in beſchränkter Art einen Gegenbeweis zuläßt.[3]) Aber keineswegs darf der für die Rechtsſicherheit allerdings unentbehrlichen fides judicialis die Kraft beigelegt werden, das von dem Richter als wahrgenommen oder nicht wahrgenommen Bezeugte ſo lange als unumſtößliche Wahrheit (praesumtio juris et de jure) gelten zu laſſen, als nicht der Richter in dem betreffenden Falle eines falſchen Zeugniſſes überführt iſt, die von ihm aufgenommene Urkunde ſich alſo als ein falsum darſtellt. Es laſſen ſich ſehr wohl Fälle denken, wo der Teſtator bei der gerichtlichen Aufnahme ſeines letzten Willens unter dem Einfluſſe eines Irrthums, eines Betruges, ja eines noch fortwirkenden Zwanges gehandelt hat,[4]) ohne daß der mit aller Sorgfalt und Gewiſſenhaftigkeit den Teſtamentsakt aufnehmende Richter die entfernteſte Ahnung davon hatte.

---

prit. En conséquence, un testament est valable, encore qu'il ait été fait par une personne en colère, si cet état de colère ne lui a pas ôté la liberté d'esprit et atténue sa raison.

[1]) „... Die Einwendungen (gegen gerichtlich aufgenommene oder anerkannte Dokumente) können nur darin beſtehen, daß entweder die Richtigkeit des Dokuments ſelbſt angefochten und behauptet wird, daß es demſelben an den Erforderniſſen und Eigenſchaften einer gerichtlichen Urkunde ermangele, oder daß angegeben wird, es ſey bei Aufnehmung deſſelben ein Irrthum vorgefallen ... Außer dieſen Fällen kann aber einer Partei nicht geſtattet werden, die Richtigkeit des Inhalts einer ſolchen gehörig vollzogenen gerichtlichen Urkunde anzufechten. Doch wird die Glaubwürdigkeit einer ſolchen Urkunde geſchwächt, wenn dargethan werden kann, daß die Gerichtsperſon, welche ſie aufgenommen hat, verübter Fälſchungen in ihrem Amte, wenn auch nur bei anderen von ihr verfertigten Urkunden, gerichtlich überwieſen worden ſey."

[2]) „probatio plenissima" — „evidens et manifestissima probatio" — „probatio probata," wie die älteren Juriſten ſich ausdrücken.

[3]) v. Bayer, Vorträge über den gem. Civilprozeß § 132. Vergl. Wetzell, Syſtem des ord. Civilproz. § 36. Strippelmann, der Beweis durch Schrifturk. Abth. I S. 185—189.

[4]) Reyſcher, das gem. und württemb. Privatr. III S. 283. Die Erklärung des Teſtators vor Gericht: daß der von ihm geäußerte Wille ſein freier Wille ſei, ſchließt die Einwirkung des Zwanges nicht aus, da ja auch dieſe Erklärung auf vorausgegangener Gewalt oder Einſchüchterung beruhen kann. Weishaar § 824.

Das gemeine Recht ist fern von einer solchen Ueberschätzung der einer öffentlichen Urkunde zur Seite stehenden auctoritas publica.[1]) So vertheidigt Carpzov (Jurispr. for. P. III const. V def. 13) in Betreff der Anfechtung eines gerichtlichen Testaments den Satz:

> Ad probationem importunarum sollicitationum a judice et Scabinis testimonium exigi potest super testamento, coram eis facto

und will eine solche Berufung auf das eigene Zeugniß der bei dem Testamentsakte thätig gewesenen Gerichtspersonen nur dann ausgeschlossen wissen, wenn diesen damit zugemuthet würde, die Unwahrheit einer von ihnen beurkundeten Thatsache zu bezeugen.[2])

---

§ 26. «Tauben oder stummen Personen, welche sich schriftlich oder mündlich ausdrücken können, stehen die Gesetze bei Errichtung ihres letzten Willens nicht entgegen.»[3])

23. Vergleiche:

§ 3. J. quib. non est perm. f. t. (2, 12): Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam et mutus is intelligitur, qui loqui non potest, non qui tarde

---

[1]) Cap. 6 X de renunciat.: tanta sit judicialis auctoritas, ut semper pro ipso praesumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur. — Kind, Quaest. for. T. III cap. 16 p 220: Praesumtio juris pro veritate contentorum regiatraturae ob auctoritatem publicam, qua condita est, tamdiu militat, donec ab excipiente contrarium probetur.

Vergl. Cod. Fabrian. Lib. IV tit. XIV def. 26: ... Idem de aliis clausulis jus est, quibus exprimere notarii solent neque vi, neque metu, nequo dolo factum quicquam fuisse. Non enim excludit ea res probationem intervenientis violentiae, metusve, aut doli, tametsi is, qui vim aut metum dolumve allegat, de falso notarium accusare nolit.

[2]) Plane si judex et Scabini de libera testatoris voluntate jam antea testati fuerint, eamque in protocollo judiciali adnotaverint, vel in scriptura super testamento confecta retulerint, eos tum a parte adversa contrarium probare volente, neutiquam ad testimonium ferendum compelli posse, facillime concesserim, non solum propter metum perjurii, sed et quod de ipsorum dedecore et vituperio, nedum ipso eorundem delicto agatur.

[3]) In Verbindung damit steht § 123. „Tauben, ingleichen Stummen, die an sich testiren können, müssen die an sie zu richtenden Fragen schriftlich vorgelegt, und wenn der Testator stumm ist, auch schriftlich von demselben beantwortet werden."

loquitur. Saepe autem etiam literati et eruditi homines variis causis et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Unde nostra Constitutio [1]) etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quae eis permissa sunt....

Kaiserl. Notar. Ordn. von 1512 Tit. II. Von Testamenten § 4. „Item: Es gehöret zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können; denn welcher deren keines könnte, der wird darinnen einem Todten gleichgeachtet, und mag kein Testament machen."

§ 5. „... Die Notarien sollen sich auch hüten vor allen denen, so weder verständlich reden noch schreiben können, dann sie kein Testament machen mögen."

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 15: „Ingleichen können ... die von Natur stumm und taub sind, auch mit Erlaubnis ihres Vormundes oder Curatoris, so wenig von gewonnenen, als Erb-Gütern testiren." [2])

Frankfurt. erneuerte Reform. von 1611 Th. IV Tit. 2 § 5. „Auch werden ausgeschlossen (vom Testiren) .. die Stummen, Tauben ..."

Kayserl. Land-Gerichts-Ord. des Herzogth. Francken Th. III Tit. 39 § 3. „Die Stummen, so nicht allein nicht reden, sondern auch nicht hören, oder schreiben können, die können auch kein Testament aufrichten."

Erneuert. Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 2 § 4. „Also auch Stumme, so nicht schreiben; ... Item die Tauben, so deren keines, und also weder schreiben noch reden können. Da aber .. ein Stummer, der schreiben; Und ein Tauber, der schreiben oder

---

[1]) L. 10 C. qui test. fac. (6, 22).

Vergl. Glück, Comm. B. 33 S. 366—376. v. Bülow und Hagemann, pract. Erört. B. 2 Nr. IX S. 146—155.

Gensler, das Testament einer taub geborenen und sprachlosen Person (im Archiv für die civ. Praxis B. 3 S. 345—374).

Brinz, Pandekt. § 177.

[2]) Vergl. auch Revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 Buch V § 8: „Imgleichen mögen oder können auch nicht Testament noch einigen letzten Willen machen alle, die von Natur stumm und taub oder unhörend gebohren seynd ..."

In den Motiven zum Entwurfe eines bürgerl. Gesetzb. für das Großh. Hessen (Darmstadt, 1845) wird in dieser Hinsicht gesagt (S. 54): Zu denen, welche aus natürlichen Gründen unfähig sein sollen, einen letzten Willen zu errichten, zählen ältere Legislationen auch die Taubstummgeborenen. Diese Bestimmung steht jedoch mit den Leistungen des gegenwärtigen Taubstummen-Unterrichts nicht mehr im Einklange. Wenn das Gesetz seine Testamentsformen so einrichtet, daß Jeder testiren kann, der seinen Willen mündlich oder schriftlich zu erklären im Stande ist, so werden unter den Taubstummen, die unsere Unterrichtsanstalten verlassen, wenige seyn, welche die Fähigkeit letztwillig zu verfügen, sich nicht erworben haben.

reden kan, seinen Letsten Willen verordnen wollte, soll ihnen solches nach einer oder andern diß Unsers Land-Rechtens ihnen bequemer Form, ohne weittere Zierligkeit gemeiner Rechten, zu thun ohnbenommen seyn; Doch daß ein Stummer sein Testamentliche Verordnung selbs mit aignen Handen schreibe ..." [1])

Baierisches Land-Recht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 3. „... Es sind aber 2do von Natur (zu testiren) gehindert ... Stumme und Taube, welche zugleich des Lesens und Schreibens unkundig sind ..." [2])

24. Der Taubstumme wird in der obigen Vorschrift unseres Landrechts nicht gedacht. Dagegen bestimmt dasselbe in der Vormundschaftsordnung (Th. II Tit. 18):

§ 15. „Taub- und Stummgeborene, ingleichen diejenigen, welche vor zurückgelegtem Vierzehnten Jahre in diesen Zustand gerathen sind, müssen, sobald sie nicht mehr unter väterlicher Aufsicht stehen, vom Staate bevormundet werden."

§ 16. „Diejenigen, welche erst in spätern Jahren taubstumm geworden sind, müssen nur alsdann unter Vormundschaft genommen werden, wenn sie sich durch allgemein verständliche Zeichen nicht ausdrücken können, und daher ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen ganz unfähig sind."

Hiernach werden die Taubstummen im vorausgesetzten Falle als juristisch handlungsunfähig betrachtet und aus diesem Grunde — abgesehen davon, ob sie faktisch gehindert sind, ihren Willen zu erklärgn — von der Testamentserrichtung, gleich den unter Vormundschaft gestellten Geisteskranken, ausgeschlossen. Liegt aber ein solcher Fall nicht vor, dann kann es sich auch bei ihnen nur um ihre faktische Fähigkeit zur Erklärung ihres letzten Willens handeln. Diese entscheidet sich lediglich nach § 26 d. T., so daß Taubstumme, welche nicht schreiben und Geschriebenes lesen können, zur Errichtung eines Testaments unfähig sind. [3])

---

[1]) Vergl. Rev. Land-Recht des Herzogth. Preußen a. a. O.

[2]) Vergl. ebendas. Kap. 2 § 8. „An der Verständlichkeit mangelt es, da der Wille weder mündlich noch schriftlich, sondern nur durch andere Zeichen eröffnet ist ..."

v. Kreyttmayr bemerkt dazu: Wie und auf was Weiß der Wille declarirt werde, ist zwar gleichgiltig, und kann solches regulariter nicht nur durch reden und schreiben, sondern auch durch andere Zeichen und Deutungen mit dem Kopf, oder mit den Augen, Schultern und Händen geschehen. Da aber gleichwohl um diese letztere eine sehr betrügliche Sache ist, so wird in Testamentssachen keine andere als schrift- und mündliche Declaration zugelassen ... Unser Codex macht zwischen testamentarisch- und anderen letzten Willen disfalls keinen Unterschied, sondern gehet generaliter durch, und will mit Verwerfung all anderer Zeichen nur schrift- oder mündliche Willens-Eröffnungen haben ...

[3]) Präj. unseres Ober-Trib. 2660 vom 3. März 1856 (Entsch. B. 32 S. 64 f.).

Hiermit iſt von ſelbſt eine letztwillige Verordnung durch Zeichenſprache ausgeſchloſſen,[1]) während die Allgemeine Gerichts-Ordnung Th. II Tit. 3 § 7 dieſes Hülfsmittel bei Verträgen taubſtummer Perſonen, die nicht ſchreiben und Geſchriebenes leſen könnten, für zuläßig erklärt.

---

§ 27. «Perſonen, welche für Verſchwender erklärt worden, können während der Vormundſchaft, zum Nachtheil ihrer geſetzlichen Erben, nur über die Hälfte ihres Nachlaſſes gültig verordnen.»

§ 28. «Auch alsdann, wenn ein Verſchwender bloß unter dieſen geſetzlichen Erben teſtirt, kann er keinem derſelben mehr, als die Hälfte desjenigen, was ihm nach den Regeln der geſetzlichen Erbfolge zukommen würde, entziehen.»

§ 29. «Hat ein Verſchwender, dieſem zuwider, über ſeinen ganzen Nachlaß, oder wegen des geſetzlichen Erbantheils eines ſeiner Verwandten verfügt; ſo gilt die Verordnung nur ſoweit, als er nach vorſtehenden Beſtimmungen zu verfügen berechtigt war; und im Uebrigen treten die Regeln der Inteſtaterbfolge ein.»

25. Das Allgemeine Landrecht, den geſchichtlichen Boden verlaſſend,

---

[1]) Die gemeinrechtliche Praxis hält ſolche Teſtamente für gültig unter Vorausſetzung einer beſonderen landesherrlichen Erlaubniß, welche nach vorgängiger Prüfung der Verſtandeskräfte, ſo wie der Fähigkeit des Taubſtummen ſich mittelſt Zeichen verſtändlich zu machen, ertheilt zu werden pflegt.

Pufendorf, obser. jur. univ. III. obs. 178. S. Stryk, de cant. test. Cap. IV § 28. Claproth, Abh. von Teſtamenten S. 14 ff., woſelbſt viele Beiſpiele mitgetheilt werden.

Dieſe Anſicht, welche die Zeichenſprache auch bei Teſtamenten für anwendbar hält, wird auch noch in früheren Reſcripten unſeres Juſtiz-Miniſteriums (vom 24. Juni 1802 und 10. Mai 1806, Rabe, Samml. VII S. 177, VIII S. 591) feſtgehalten. Eine gleiche Beſtimmung findet ſich auch im bürgerl. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2070. „Taubſtumme ſind unfähig, einen letzten Willen zu errichten, ausgenommen, wenn ſie ihre Gedanken verſtändlich auszudrücken vermögen, welchenfalls ſie ihren letzten Willen gerichtlich errichten können, und zwar ſchriftlich, wenn ſie ſchreiben und Geſchriebenes leſen können . . ., und mündlich, wenn ſie eine im Allgemeinen verpflichtete oder zu dieſer Handlung zu verpflichtende Vertrauensperſon mitbringen, welche ihre Zeichen zu erklären vermag."

In Betreff des Oeſterr. Rechts vergl. § 63 der N.-O. vom 21. Mai 1855.

gibt uns in diesen Vorschriften[1]) ein selbst geschaffenes Recht, das eben deshalb aller juristischen Lebenskraft entbehrt.[2]) Eine solche Halbheit, wie sie uns hier entgegentritt, leidet an gänzlicher Prinziplosigkeit und steht daher überall außerhalb des Rechtssystems, in das sie sich als ein fremdartiges Element nicht einzwängen läßt. — Consequent ist allein die Anschauung des römischen Rechts, welches dem gerichtlich erklärten Verschwender, gleich dem Wahnsinnigen, die juristische Willensfähigkeit[3]) und damit auch die testamenti factio absprach.[4])

§ 2. J. quib. non est perm. f. t. (2, 12): Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest...

Ulp. l. 18 pr. D. qui test. fac. (28, 1): Is, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest; et si fecerit, ipso jure non valet...

Dieser Rechtssatz ist auch in die meisten deutschen Partikulargesetzgebungen übergegangen.[5])

---

[1]) Dieselben beruhen auf der Erwägung, „daß, wenngleich kein reeller Grund vorhanden sei, einem Verschwender die Testamentifaction ganz zu nehmen, dennoch dafür gesorgt werden müsse, daß ein solcher Mensch nicht aus gewohntem Leichtsinn oder vielmehr gar aus Rache gegen seine Familie, die ihn pro prodigo habe erklären lassen, derselben nach seinem Tode Alles entziehe und solches den Gefährten seiner Ausschweifungen zuwende." (Suarez, Schlußrevision in v. Kamptz Jahrbüchern XLI S. 79.)

[2]) Treffend ist die von Gans in seinen „Beiträgen zur preuß. Gesetzgebung" S. 147 f. („von der Testamentifaktion der Verschwender") dagegen gerichtete Kritik.

Vergl. auch Koch, Komm. zu § 29 d. T.

[3]) Pompon. l. 40 D. de R. J. Furiosi, vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

[4]) Schilter, Exerc. ad P. 38 § 35... Verumenimvero ratione solidiori non destituitur Romana jurisprudentia. Neque enim nuda bonorum administratione interdicitur prodigo, sed omni omnino potestate disponendi circa bona sua, adeoque omni exercitio dominii, atque ipse tam quoad bona, quam quoad personam suam redigitur in potestatem curatoris ut furiosus, vel infans. Atque hoc propterea, quod necessarium requisitum recti judicii, ipsi deficit. Unde nec per ultimam voluntatem recto judicio, quo destituitur, uti posse praesumitur.

Vergl. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon X. S. 722: Die Testamentsunfähigkeit des Verschwenders beruht ursprünglich darauf, daß ihm das jus commercii durch die Interdiction entzogen ist und er deshalb bei dem testamentum per aes et libram die familiae mancipatio nicht vornehmen kann (Ulp. frag. XX, 13). Es erhielt sich der Satz, selbst nachdem diese Testamentsform außer Gebrauch gekommen war.

[5]) C. F. Walch, de testamento prodigi jure German. invalido Jen. 1754. p. 13 sq.

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 15: „... Item, die Verſchwender, denen die Verwaltung ihrer Güter von Uns, Obrigkeits-wegen genommen ... können auch mit Erlaubnis ihres Vormundes oder Curatoris, ſo wenig von gewonnenen, als Erb-Gütern, testiren."

Frankfurt. erneuerte Reformation von 1611 Th. IV Tit. 2 § 5. „Auch werden ausgeſchloſſen ... die Verſchwendere, denen ihrer Güter Verwaltung von der Obrigkeit genommen, So fern von derſelben das Teſtiren, auß ehehafften Urſachen, ihnen nicht wiederumb were vergünſtiget worden."

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 2 § 5. „Item (ſind zu teſtiren unfähig) Geuder und Verſchwender, welchen ihres übelhauſens halben ... die Verwaltung ihrer Güter genommen oder verbotten, und ſie deßwegen mit Pflegern, Vögten oder Vormündern verſehen worden."

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 1 § 7. „Ein Verbraſſer und Verſchwender (Prodigus in Latein genannt), dem ſeine Güter zu administriren und zu verwalten, ſeines Uebelhauſens und Verſchwendens halben, durch ſeine Obrigkeit verbotten, mag auch kein Teſtament machen .." [1])

Baieriſches Land-Recht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 3. „... Das Verbot (von dem Seinigen zu teſtiren) ſtehet 3tio declarirten Verſchwendern ..."

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2072. „Verſchwender, welche gerichtlich dafür erklärt worden ſind, können, während ſie unter Vormundſchaft ſtehen, keinen letzten Willen errichten." [2])

Unſerem Landrecht folgt allein das Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch, welches die Beſtimmung aufgenommen hat:

§ 568. „Ein gerichtlich erklärter Verſchwender kann nur über die Hälfte ſeines Vermögens durch letzten Willen verfügen; die andere Hälfte fällt den geſetzlichen Erben zu."

---

[1]) So auch die Kayſ. Land-Gerichts-Ordnung des Hertzogth. Franken Th. III Tit. 39 § 4.

[2]) In Siebenhaar's Comment. wird dazu bemerkt: Dieſer § gibt den § 14 Cap. XXIV der allg. V.-O. wieder. Man hat es bei dieſer Vorſchrift aus nachſtehenden Gründen gelaſſen. Zunächſt wird durch den einem Verſchwender anhaftenden color insaniae völlige Verfügungsunfähigkeit deſſelben bedingt. Hiernächſt rechtfertigt die Natur der Verhältniſſe, unter welchen die Stellung unter cura prodigi erfolgt, die Beſorgniß, es werde der Verſchwender den von ihm bei ſeinen Verfügungen unter Lebenden gezeigten Leichtſinn auch bei einer Verfügung auf den Todesfall dadurch bewähren, daß er ſein Vermögen den Genoſſen ſeines leichtſinnigen Lebenswandels zuwendet. Endlich iſt entſcheidend, daß, wenn durch die cura prodigi lediglich die Sicherſtellung einer Quote des Vermögens, wie z. B. des Pflichttheils, bezweckt werden ſollte, es überhaupt einer Zuſtands-Vormundſchaft über den Verſchwender gar nicht bedürfen würde, da dieſer Zweck ſchon durch die Sicherſtellung eines entſprechenden Theiles ſeines Vermögens zu erreichen ſein würde.

Es läßt sich gewiß darüber streiten, ob das römische Prinzip über die Testirunfähigkeit der Verschwender ihrer rechtlichen Stellung entspreche oder doch auf einem zureichenden Grunde der Gesetzgebungspolitik beruhe. Daß schon sehr früh eine entgegengesetzte Ansicht zur Geltung kam, beweist die, allerdings unglossirte und deshalb in Deutschland nicht recipirte, Novella Leonis 39, wonach ein verständig abgefaßtes Testament eines prodigus, welches keine Spuren verschwenderischer Gesinnung zeigt, aufrecht erhalten werden soll.[1])

Allein es bleibt hier immer nur die Wahl zwischen Verwerfung — oder Beibehaltung jenes Prinzipes, also zwischen Testirfähigkeit — oder Testirunfähigkeit des erklärten Verschwenders. Eine Theilung —

---

[1]) Diese Ansicht wird auch von älteren Rechtslehrern vertheidigt:

Mevii com. in Jus Lub. P. 1 tit. 1 art. 1 nr. 9 sq.: Uti interdictum bonorum utilitati prodigorum repertum est, ne patrimonium perdendo egestatem ineidant, nec illud obstare solet, quando suam conditionem deteriorem non efficiunt aut utiliter agunt; ita et eum testando posteritati suae probe consulunt ac utiliter disponunt, testamentum non vitiatur ex sola prodigalitate aut interdicto. Secus erit, cum turpibus ac improbis personis aut ad usus non probabiles quaedam dedit. Ut repero judicatum, cum homo luxuriae et canponis deditus legasset quaedam ejusdem farinae homini suo compotatori.

Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. I def. 3: ... Quamvis Novellae Leonis usu receptae non sunt, haec tamen constitutio magnam aequitatem habet ... Quatenus enim prodigus salubriter, et rectorum hominum more vult, eatenus recte velle censendus est. Quia et communiter receptum est, prodigi testamentum valere, in quo venientes ab intestato sunt instituti.

Brunnemann, com. in P. ad l. 18 qui test. fac. nr. 2: Sed fere adducor in eam sententiam, quod haec prohibitio solidam rationem vix habeat. Nam aliud est administrare bona, et aliud, de iis post mortem disponere. Ergo fere dixerim, si bene prospiciat posteritati, omnimodo ejus testamentum valere, prout Leo Imp. disposuit in sua Nov. 39 ...

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. VI def. 11: Valet etiam prodigi testamentum, quatenus in eo posteritati suae probe consuluerit, aut quicquam utiliter disposuerit.

Vergl. Griesinger, Commentar über das Herz. Württemb. Landrecht B. 5 S. 24, 25: Mehrere Rechtsgelehrte wollen der Leonischen Novelle (39) einen Gerichtsgebrauch zusprechen, aber sie können sich hierbei auf keinen hinreichenden Grund stützen. Daß aber die Verordnung dieser Novelle als sehr vernünftig und billig von allen Gesetzgebern Statt der abgeschmackten Verordnung des Röm. Rechts aufgestellt werden sollte, halte ich für ausgemacht und es ist schon dieses allein höchst verdächtig gegen das Röm. Recht, daß man noch nicht einmal mit dem eigentlichen Grunde des Röm. Rechts in Absicht auf diesen Punkt im Reinen ist.

gleichsam eine vergleichsweise Abfindung mit dem römischen Rechte — ist hier nicht an ihrem Orte; es ist dies eine halbe Maßregel, die sich nicht treffen läßt, ohne auf der einen oder andern Seite gegen das Recht zu verstoßen.[1])

Hiernach kann es nur gerechtfertigt erscheinen, den Verschwender unter den testirunfähigen Personen ganz zu streichen.[2])

26. Folgesätze der landrechtlichen Vorschriften sind:

a) dem Verschwender gegenüber sind seine Verwandten bis zum sechsten Grade einschließlich auf Höhe der Hälfte ihres Intestaterbtheils zu Notherben erklärt;

---

[1]) Ein anderes Auskunftsmittel hat das privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich gewählt, indem dasselbe bestimmt § 2055. „Wer wegen Verschwendung unter Vormundschaft gesetzt worden ist, bedarf ausnahmsweise zu seinem Testament der Zustimmung der Vormundschaftsbehörden" — eine Vorschrift, die jedoch gegen den obersten Grundsatz verstößt, daß ein Testament auf der Bethätigung des eigenen freien Willens des Erblassers nothwendig beruht.

[2]) Dies thut der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Großh. Hessen (Darmstadt, 1845) in dessen Motiven (S. 53, 54) gesagt ist: „In Bezug auf die Testirfähigkeit des Verschwenders weichen die Ansichten der verschiedenen Gesetzgebungen sehr von einander ab. Der Entwurf schweigt, weil er hier keine Beschränkung will. Die Willensfähigkeit, Verfügungen auf den Todesfall zu treffen, besitzt der Verschwender gewiß. Der Grund, aus welchem der Verschwender unter Curatel gestellt wird, ist die aus der Verschwendungssucht entspringende Gefahr für seine künftige Subsistenz und für die seiner Familie, überhaupt derjenigen Personen, für deren Unterhalt zu sorgen er verpflichtet ist. Dieser Grund fällt bei letzten Willen weg. In Ansehung der Person des Erblassers versteht sich dieses von selbst, und was die Angehörigen desselben betrifft, so darf nicht übersehen werden, daß der Verschwender in seinen letztwilligen Anordnungen denselben Beschränkungen wie jeder andere Erblasser unterworfen ist, daß er aber, wenn er innerhalb dieser Beschränkungen testirt, ein Recht übt, welches das Gesetz anerkennt, ohne auf die Beweggründe des Berechtigten Rücksicht zu nehmen."

Auch der Code Napoléon kennt eine Beschränkung der Testirfähigkeit des Verschwenders nicht. Die französische Jurisprudenz nimmt daher an:

> Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire, peut, sans l'assistance de ce conseil disposer de ses biens par testament ou par institution contractuelle, et faire des avantages à son conjoint, sous condition de survie. (Les Codes annotés de Sirey edit. par Gilbert vol. I p. 229 nr. 11.)

Im Badischen Landrecht ist jedoch zu dem Art. 513 des Code Napoléon („Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de

b) dabei ist dem Verschwender jedes Enterbungsrecht entzogen;

c) es ist hiermit ein ganz abnormes Notherbenrecht geschaffen, auf welches die über den Pflichttheil gegebenen Bestimmungen in keiner Art Anwendung finden.

Von der persönlichen Fähigkeit aus letztwilligen Verordnungen zu erwerben.

§ 36. «Wer im Staate Vermögen zu erwerben fähig und berechtigt ist, dem können auch Erbschaften und Vermächtnisse hinterlassen werden.»

27. § 4. J. de her. qual. (2, 10): „... Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et filiusfamilias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.[1])

§ 24. J. de legat. (2, 20): Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

Erneuertes Gem. Land-Recht des Herzogth. Würtemberg von 1610 Th. III Tit. 11 § 7. „Welche Personen zu Erben einzusetzen in Rechten nicht außtrückenlich verbotten, mögen alle zu Erben instituirt oder benannt werden, nach des Testierers wohlgefallen, sie seyen wer sie wöllen; Auch die, so nicht Macht haben Testamenten auffzurichten, als junge Ohnmündige, oder auch die Kinder die noch in Mutter Leib seyen." Uebereinstimmend damit das Revid. Land-Recht des Herzogth. Preuß. Buch V Tit. 2 Artik. 1 § 6.

Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. Edit. V (Halae 1785) § 710. Quod attinet habilitatem ejus qui heres institui, sicque ei jus hereditarium universale deferri potest, de ea hoc principium generale notandum: quilibet homo, qui in genere acquirere potest, heres institui potest.

---

grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal") der Zusatz gemacht:

Art. 513a. „Wer etwas gegen dieses Verbot unternimmt, mithin sich durch den ersten Grad der Mundtodtmachung nicht bessern läßt, kann nachmals völlig mundtodt gemacht werden, wodurch er ... auch unfähig wird, letzte Willens-Verordnungen zu machen." (Vergl. Brauer, Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großh. Badische bürgerl. Gesetzgebung I. S. 355—357.)

[1]) Dasselbe sagt Pompon. l. 16 pr. und § 1 D. qui test. fac. (28, 1).

Mühlenbruch, Fortſetzung des Glück'ſchen Com. B. 39 S. 117, 118: Erbfähigkeit iſt die rechtliche Möglichkeit, in die vermögensrechtlichen Verhältniſſe eines Verſtorbenen einzutreten. In Beziehung auf die Begründung des Succeſſionsrechts durch Teſtament wird dieſe Fähigkeit, wie die zur Errichtung eines Teſtamentes, durch testamenti factio bezeichnet. Sie iſt in der Regel für Alle erforderlich, welche in einem Teſtamente bedacht werden ſollen, alſo auch für Vermächtnißnehmer. Doch iſt es ſtreitig, auf welchem Grunde dies beruhe; auch gab es für Vermächtniſſe gewiſſe Einſchränkungen und Ausnahmen, welche bei Erbeseinſetzungen nicht galten.[1])

28. Die Frage nach der Erwerbfähigkeit des Honorirten ſetzt natürlich deſſen Gewißheit voraus. Eine incerta persona als ſolche kann in letztwilligen Verordnungen nicht bedacht werden[2]) — nicht weil ihr die Teſtamentifaction,[3]) ſondern weil ihr überhaupt die Rechtsſubjektivität fehlt, ſo lange nicht die jetzige Unbeſtimmtheit gehoben iſt. Unter Vorausſetzung der künftigen Hebung dieſer Ungewißheit kann ſie allerdings zum Erben eingeſetzt oder mit einem Vermächtniſſe bedacht werden.[4]) Es iſt alſo durchaus nicht nothwendig, daß der Teſtator

---

[1]) Vergl. ebendaſ. B. 39 S. 158—195.
Arndts in Weiske's Rechtslexicon III. S. 908—911.
v. Vangerow, Pand. II. § 429 Anm. 1.

[2]) Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg a. a. O. § 1. „— Demnach ſo ſetzen und ordnen wir, daß ein jeder, der ein Teſtament auffzurichten vorhabens iſt, diejenigen, ſo er zu Erb haben will, außtrückenlich und verſtändtlich benenne und einſetze. Dann wa er ... ohngewiſſe Perſonen zu Erben einſetzen würde, ſolle das Teſtament kein Krafft noch Beſtand haben ..."

[3]) Brinz, Lehrbuch der Pandekt. § 177 S. 754: Verkehrt iſt es, wenn man aus dem Satze: Incerta persona heres institui non potest (Ulp. frag. XXII. 4) die Bemerkung ableitet, daß auch incertae personae keine testamenti factio (passiva) haben (Mühlenbruch Pandekt. § 642). Von Perſonen, bezüglich deren es noch ungewiß iſt, wer ſie ſind, und ob ſie ſein werden, läßt ſich gar nicht ſagen: weder daß ſie testamenti factio haben noch daß ſie keine haben. Jener Satz iſt nur ein anderer Ausdruck dafür, daß der Erbe „certe" demonſtrirt ſein müſſe.

[4]) Das röm. Recht befolgte freilich hierin ſtrengere Grundſätze:
Schirmer, Handbuch des Röm. Erbrechts Th. 1 (Leipzig, 1863) S. 26, 27: Die Bedingungen der Erbfähigkeit ſind 1. Vorhandenſein einer Perſönlichkeit überhaupt; nicht nur, daß, wo Niemand iſt, natürlich auch Niemand ſuccediren kann, ſondern es ſoll auch auf die ſpätere Möglichkeit einer Exiſtenz keine Rückſicht genommen werden, denn die Erbſchaft bedarf nicht in Zukunft einmal, ſondern ſie bedarf jetzt eines neuen Herrn. Aus dieſem Grunde haben alle die, welche noch gar nicht exiſtent ſind, keine Erbfähigkeit. Ja, es iſt eigentlich ſchon eine Abweichung von der Strenge des Rechtes, wenn ſie wenigſtens dem bereits erzeugten, aber noch

den zu Honorirenden als bestimmte physische Person vor Augen oder im Sinne hat; es genügt, wenn die Individualität desselben in der Zukunft erkennbar wird.[1])

Hierauf beruht auch die Fähigkeit der posthumi, zu Erben eingesetzt zu werden.[2])

---

ungeborenen Kinde im Allgemeinen beigelegt wird (l. 7 l. 26 D. de stat. hom. 1, 5. l. 3 l. 7 D. de suis et leg. 38, 16. An letzter Stelle wird auch anerkannt, daß sich die Zulassung der nascituri streng genommen kaum rechtfertigen lasse — quodammodo in rerum natura esse).

Vergl. auch Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Comment. B. 39 S. 351 ff. — Arndts in Weiske's Rechtslex. III. S. 911 ff.

[1]) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III S. 1010: Ob demnach die Person des Erben gleich, oder erst mit der Zeit gewiß werde, ist einerley, satis enim certum est, quod ex futuro eventu certum fieri potest, z. E. wann Testator seinen künftigen Schwiegersohn zum Erben einsetzt, oder jenen, welcher das erste Praemium auf der Academie davontragen wird, und was dergleichen institutiones conditionatae mehr seynd, welche a futuro eventu incerto dependiren. Ist dahero kein Zweifl, daß auch jene Institution gilt, welche auf das Loos ausgestellt wird, z. E. wann Testator sagt: Peter, Paul und Georg sollen würflen, und wer den höchsten Wurf thut soll mein Erb seyn.

Leyser, med. ad P. sp. 360 m. 3: Paulus Maccarini quidam, Romanus, vir locuples, in testamento suo viginti orphanos ex collegio sumi, ex his decem, deinde quinque, porro tres, tandem unum sorte dici jubet atque hunc heredem ex asse scribit, imposita necessitate nominis sui suscipiendi. Refertur hoc in Ludolffi Schaubühne von der Welt Pag. 4. lib. 65 c. 1 nr. 4. Dubitari potuisset de validitate hujus dispositionis propter l. 9 § 9 de hered. inst., ubi nemo, nisi certe demonstretur, heres institui posse dicitur. Utrum certa etiam demonstratio est, quae ex casu et eventu determinatur. Et sortis ac fortunae judicium jura nostra probant (l. ult. pr. C. com. de leg.) atque divinam in eo voluntatem agnoscunt (can. 1 caus. XXVI qu. 2).

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Oldenburg von 1860: Die Einsetzung der künftigen Frau ihres Ehemannes von dessen jetziger Frau ist wegen der damaligen Ungewißheit der Person keineswegs für ungültig zu achten. Denn nach Justinian's Neuerungen (§§ 25—27 J. de legat. vergl. c. un. restit. de incert. pers. 6, 48) genügt es, daß die Person an und für sich gewiß ist oder doch unter bestimmt angegebenen Voraussetzungen und Bedingungen noch gewiß werden kann, wenn auch der Testator sie nicht individuell denken konnte. Das ist ein überall und stets als unbestritten anerkannter Rechtssatz. (Seuffert, Archiv XVII. Nr. 262.)

[2]) In Betreff des röm. Rechts ist zu verweisen auf Bering, Röm. Erbrecht (Heidelb. 1861) S. 255 ff.

Voet, com. ad P. XXVIII, 5 Nr. 12: . . . non suos tantum, sed et extraneos posthumos aut quasi posthumos heredes scribi posse jure civili ac moribus comprobatum est. Si quis ergo fratrum aut sororum aut cognatorum adhuc coelebum liberos postea nascituros instituat, ad hereditatem ejus etiam venient, qui moriente testatore necdum nati aut concepti sunt; et quia incertum est, an, et quot, et quo tempore nascituri sint, hinc illis, qui nascuntur, incertae interim hereditatis partes videntur quaesitae, tum demum certae futurae, cum constiterit, non alios posse ex personis testamento expressis posthumos nasci. Et si quidem alii, quam posthumi tales instituti, testatori ab intestato successores sint, ante nativitatem posthumorum non recte exigunt, sibi interim committi hereditatem sub cautione de restituendo, si postea editi fuerint posthumi; sed potius bona hereditaria per executores aut tutores testamento datos, vel a magistratu dandos, administranda sunt, donec certum fuerit, posthumos nullos nascituros esse. [1])

---

§ 37. «Wie weit Kirchen, Klöſter und Ordensleute in Anſehung der Fähigkeit, Erbſchaften und Vermächtniſſe zu erwerben, eingeſchränkt ſind, . . . iſt gehörigen Orts beſtimmt. (Th. 2 Tit. 11 Abſchn. 4. 12. 18.)»

§ 38. «In wie fern Schulen, Univerſitäten, Erziehungs-, Kranken- und Armen-Anſtalten und andere milde Stiftungen, Erbſchaften und Vermächtniſſe zu erwerben fähig ſind, iſt nach den Regeln von Schenkungen zu beurtheilen.»

§ 39. «Soweit Corporationen und Geſellſchaften überhaupt Vermögen erwerben können, ſo weit können ihnen auch Erbſchaften und Vermächtniſſe hinterlaſſen werden.»

29. a. Kirchen- und andere Religionsgeſellſchaften.

L. 1 C. de S. S. Eccles. (1, 2): Habeat unusquisque licentiam, sanctissimo, catholico, venerabilique concilio decedens bonorum quod optaverit, relinquere. . . [2])

---

[1]) Der letztere Satz trifft nach Preußiſchem Rechte nicht zu, da dieſes in den §§ 478 ff. d. T. bei der ſuspenſiv-bedingten Erbeseinſetzung der Regel nach dem Inteſtaterben, gleich einem Fiduciar, bis zum Eintritte der Bedingung den Beſitz und Genuß des Nachlaſſes zuweiſt. Vergl. auch oben S. 62, S. 71, 72.

[2]) Schirmer, Handb. des Röm. Erbrechts Th. I S. 29 Note 8: „. . . Mit

v. Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III S. 1029: De jure communi ist der Clerus überhaupt, so viel nicht die Bettl-Orden insonderheit betrifft, passive nicht intestabel, man mag ihn gleich in corpore oder in membris et singulis de corpore betrachten. Wenigist hat man hierum weder ex jure Canonico noch Civili einen Text aufzuweisen, wodurch die Geistlichkeit ab hereditate ausgeschlossen und derselben für unfähig declarirt wäre, vielmehr erhellet das Contrarium gar augenscheinlich ex L. 1 Cod. de s. s. Eccles. . . . In verschiedenen Landen leidet gern' jetztgedachtes Principium juris communis durch Particular-Statuta großen Abfall, indeme die Klöster und andere Corpora Ecclesiastica non morientia an einigen Orten über das, was sie schon vi fundationis haben, gar nichts, an andern aber mehr nicht als eine gewisse fixirte Summam an sich bringen dürfen. Hier zu Land aber ist dergleichen Statutum ohngeacht des a Dicasteriis hierauf gegebenen gutachtlichen Vorschlags noch nicht zu Stand gekommen . . .

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 6 § 2. „Und erstlich mag ein jeder, der sonsten genugsamen Verstands halben zu testieren in Recht für taugenlich gehalten, ob ihme gleich sonsten anderer Ursachen wegen solches durch die Recht nicht zugelassen, seine Haab und Güter, durch Testament oder Codicill, gäntzlich oder zum Thail ohne Mittel, oder per Fideicommissum, denen Kirchen, Schulen, Spitälen, Armen Kästen und Armen Dürfftigen zu gutem, verschaffen . . ."

Kayserl. Land-Gerichts-Ordn. des Stiffts Würtzburg und Herzogth. zu Franken Th. III Tit. 43 § 3. „Wie auch gar unbekandte Personen, item Städte, Kirchen, Spitäl, Brüder- und alle ehrliche Gemein- oder Gesellschafften, derselben Werk, Gebäu, und dergleichen Ort, zu Erben benannt und instituirt werden mögen." [1])

Einführung der christlichen Religion durch Constantin wurde alsbald die Erbfähigkeit der Kirche anerkannt; in wie weit dieß auch hinsichtlich der einzelnen Kirchen geschehen, darüber fehlt es an Nachrichten; doch bezeugt l. 27 pr. C. Th. de ss. eccl. 16, 2 bereits die Zulässigkeit ihrer Institution. Nur eine andere, an den heidnischen Gebrauch sich enger anschließende Ausdrucksweise ist es, wenn man statt der Kirchen die Heiligen, Engel u. s. w. bedachte, denen jene geweiht waren. Ueber solche Verfügungen gibt nun Justinian in l. 26 rest. C. de ss. eccl. 1, 2 spezielle Interpretationsregeln, die er in Nov. 131 c. 9 wiederholt und vervollständigt.

Mantica, de conject. ultim. volunt. Lib. VIII tit. VI. Legatum relictum ecclesiis, praelatis, vel aliis religiosis, quibus relictum intelligatur.

Menochius, de praesumt. Lib. IV praes. 114. Ecclesiae legatum, cujus Ecclesiae causa ac favore relictum praesumatur.

[1]) Auch das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 5 gedenkt ausdrücklich der „Testamenta ad pias Causas" und bestimmt am Schlusse: „Unter Causis piis aber sind nicht nur Kirchen, Spitäler, Waisenhäuser, sondern auch was zum Unterrichte der Jugend in nützlichen und nöthigen Dingen, Unterhalte armer Bedürftigen, Erlösung Gefangener, oder sonst unmittelbar zur Ehre Gottes, oder zum Dienste des Publikums gereichen mag."

b. Wohlthätigkeits-Anſtalten.

Valentin. l. 24 C. de episc. et cler. (1, 3): Id, quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat.

Justinian. l. 49 § 1 eod. Sed et si pauperes quidem scripserit heredes, et non inveniatur certum ptochotrophium, vel certae ecclesiae pauperes, de quibus testator cogitaverit, sed sub incerto vocabulo pauperes fuerint heredes instituti: simili modo et hujusmodi institutionem valere decernimus.[1])

Erneuert. Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. II Tit. 6 § 2 f. oben zu a.[2])

Code civ. art. 910. „Les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale.“[3])

---

[1]) Die näheren Vorſchriften über die Ausführung eines ſolchen Teſtaments werden in den folgenden §§ 3—8 gegeben.

Vergl. Schirmer a. a. O. Note 9: Die große Zahl von Wohlthätigkeitsanſtalten unter den chriſtlichen Kaiſern, wie orphanotrophia, brephotrophia, geroutocomia, ptochotrophia, nosocomia, xenodochia, ſtehen zwar alle unter der kirchlichen Oberaufſicht des Biſchofs und ſeines Oeconomus und ihr Vermögen wird deshalb auch als res ecclesiasticae und divinae bezeichnet, ſind aber nichts deſtoweniger doch ſelbſtändige juriſtiſche Perſonen mit eigenen Beamten. Wann ſie nun die Erbfähigkeit erhalten haben, darüber ergeben unſere Quellen nichts. Jedenfalls ſind ſie unter Juſtinian mit derſelben bewidmet, ohne daß ſie dies Privileg nachweislich erſt durch ihn empfangen hätten.

Mantica de conj. ult. vol. Lib. IV tit. VI nr. 7. Pauperes, licet sint incerti, possunt institui. — Pauperes ex domicilio testatoris in dubio intelliguntur instituti.

Menoch. de Praesumt. Lib. IV praes. 115. Legatum ad pias causas quando factum praesumatur.

Praes. 125. Legatum factum pauperibus de quibus praesumatur testatorem sensisse.

S. Stryk, de caut. test. Cap. XVI § 21.

[2]) Daſſelbe enthält jedoch in Betreff der Wohlthätigkeitsanſtalten eine wichtige Beſchränkung, indem es im § 14 Th. II Tit. 9 verordnet: „Ferner ſoll den Armen Käſten, Spitäln, und dergleichen Häuſern nicht geſtattet werden, Unſerer Underthanen liegende Güter... durch Teſtament, Gemächt, und andere wege, an ſich zu bringen, und zu behalten, ſondern hierinnen dem Mandat, ſo in Unſerer Kaſten Ordnung zu finden, nachgeſetzt werden.“

[3]) Marcadé, Abriß des Franzöſ. Civilrechts. Ins Deutſche übertragen von A. Pfaff I. (Heidelb. 1865) S. 312: Die Gemeinden, öffentlichen Anſtalten und jede andere Mehrheit von Menſchen, welche eine moraliſche Perſon bildet, können eine Freigebigkeit nur mit Genehmigung der Regierung, welche über

c. Gemeinnützige Stiftungen.[1])

In dieser Hinsicht besteht die berühmte Controverse:

ob die Erbeinsetzung einer erst in Gemäßheit der Anordnung des Testators zu errichtenden Stiftung zuläßig sei.[2])

In neuerer Zeit findet die bejahende Meinung entschiedene Vertheidiger.

Arndts in Weiske's Rechtslexicon III S. 916: In Gemäßheit einer Erbeinsetzung kann eine Stiftung entstehen, die auch ein bleibendes Dasein als juristische Person hat. Unbedenklich kann nun auch der Testator selbst geradezu die Errichtung einer besonderen Anstalt mit der Eigenschaft einer juristischen Person anordnen und soll dieser Anordnung so weit als möglich Folge gegeben werden. (Nov. 131 Cap. 10.) Ob denn aber auch die Erbeinsetzung einer solchen Anstalt, die eben dadurch erst ihr Dasein als juristische Person erhalten soll, für gültig zu halten sei, ist eine sehr streitige Frage. Erwägt man wie sehr das neuere römische Recht bemüht ist, derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rücksichten, aufrecht zu erhalten und die vollständige Erreichung ihres Zweckes möglichst zu sichern[3]) und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgriff sein könnte, eine zu errichtende Anstalt selbst zum Erben einzusetzen, wenn anerkannt wird, daß man auf andere Art die Absicht, sein ganzes Vermögen zur Errichtung einer solchen mit juristischer Persönlichkeit begabten Stiftung verwendet zu sehen, sicher erreichen könne, so kann man nicht umhin, der bejahenden Beantwortung obiger

---

die Erhaltung der Rechte der Familien zu wachen und das zu bedeutende Anschwellen der Reichthümer der Körperschaften zu verhindern hat, erwerben. Bei Geld oder Fahrnissen, deren Werth 300 Fr. nicht übersteigt, wird die Ermächtigung durch die Präfekten ertheilt, in den andern Fällen kann sie nur aus einer Entschließung des Staatsoberhauptes entspringen. Vergl. auch Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Französ. Civilrechts (5. Aufl.) IV. § 649.

[1]) Vergl. Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen (Göttingen, 1827) S. 170—180.

Paul Roth, Ueber Stiftungen (in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. römischen und deutschen Privatrechts I. S. 189 ff.).

[2]) Hierüber verbreitet sich ausführlich Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, nebst einer Einleitung über das Verhältniß der Theorie zur Praxis. Halle, 1828 (Vergl. dazu die Rezension Zimmern's in Schunk's Jahrbüchern VII S. 253—280). Ferner derselbe in der Fortsetzung des Glück'schen Comment. B. 40 S. 1 ff. — Vergleiche auch Elvers a. a. O. S. 89 ff. und P. Roth a. a. O. S. 205—212.

[3]) Nov. 131 cap. 11: Omnibus enim talibus piis voluntatibus . . . secundum defuncti voluntatem universa procedant.

Frage ſich anzuſchließen. Vergl. Kierulf, Syſtem des gem. Civilrechts I S. 150—152.

Unger das öſterreich. Erbrecht S. 62 Note 8: Zu der Erbeinſetzung einer erſt zu errichtenden Stiftung ſpricht ſich deutlich genug, wenn auch nicht in paſſenden Worten, der Wille des Erblaſſers aus, daß ſein Vermögen in ſelbſtändiger Weiſe für ſich fortbeſtehen und zu einem gemeinnützigen oder frommen Zwecke (pia causa) verwendet werden ſolle ... Das rein logiſche Bedenken, wie eine juriſtiſche Perſon dadurch mittelſt letztwilliger Verfügung geſchaffen werden könne, daß ſie zum Erben eingeſetzt werde, da doch die Honorirung die Exiſtenz vorausſetze, während hier die Entſtehung durch die Honorirung bewirkt werden ſoll, zerfällt mit der Erwägung, daß es ſich hierbei nur um eine dem Willen des Teſtators entſprechende Berichtigung eines ungenauen Ausdrucks handelt, und mit der richtigen Erkenntniß des wahren Weſens der juriſtiſchen Perſon, wonach in der Erbeinſetzung einer Stiftung überhaupt nur die letztwillige Qualification des Erbvermögens zu einem Stiftungsvermögen liegt und die Stiftung nichts anderes als ein zu einem milden Zweck ausgeſetztes, mit Selbſtändigkeit ausgeſtattetes (als Perſon gedachtes) Vermögen iſt. Vergl. auch Brinz S. 754 f.[1]) Demelius in den Jahrb. für Dogmat. IV S. 140 f.[2])

---

[1]) Brinz ſagt a. a. O.: Den ſ. g. juriſtiſchen Perſonen muß man allerdings testamenti factio (passiva) zu- oder abſprechen, wenn man dieſelben überhaupt einmal als Perſon denkt, oder denken zu können meint. Allein in Wahrheit handelt es ſich hier nicht um Einſetzung von Perſonen, ſondern um letztwillige Beſtimmung eines Vermögens für gewiſſe Zwecke, und es fragt ſich, ob eine ſolche Beſtimmung in Geſtalt einer heredis institutio, und wie, und für was für Zwecke möglich ſei. Es unterliegt nun keinem Zweifel, daß das Römiſche Recht von einer ſolchen Verwendung der lediglich im Gedanken an einen „Erben," d. i. perſönlichen Nachfolger entſprungenen Erbeinſetzung lange nichts weiß, ſie dann nur ſchrittweiſe, niemals allgemein zuließ ... Iſt es aber ferner gewiß, daß der „Erbe" eine Perſon bedeute, ſo folgt von ſelbſt, daß die heredis institutio ſich in all den Fällen, in denen ſie zur Verwendung kommen ſollte, nur durch „Fiction" nutzbar machen ließ; denn in Wirklichkeit waren keine einzuſetzenden Perſonen da. Demgemäß iſt hier die heredis institutio ficticiſch ... Es iſt bei den ſ. g. juriſtiſchen Perſonen überhaupt nichts überflüßiger, als die Unterſuchung, wer oder worin die fingirte Perſon ſei, und namentlich kommt es bei unſerer Erbeinſetzung nur darauf an, daß etwas zum Erben eingeſetzt wird, was den Zweck dieſer Vermögenszuwendung mit Sicherheit erkennen läßt; dies vorausgeſetzt, iſt es gleichgültig, ob es der Peter oder der Paul, eine Kirche, oder ein Steinhaufen ſei.

[2]) Für die entgegengeſetzte Anſicht erklärt ſich wieder Schirmer, Handb. des Röm. Erbrechts Th. I S. 32: „Eine ganz andere Frage iſt es übrigens, ob die Erbeinſetzung einer juriſtiſchen Perſon, die an ſich allerdings zu den privilegirten gehören würde, deren Stiftung der Teſtator aber erſt durch ſeinen letzten Willen beabſichtigt, für rechtsbeſtändig zu erachten ſei. Die Unhaltbarkeit einer ſolchen Inſtitution folgt mit logiſcher Conſequenz aus dem

Diese Ansicht ist auch in der Praxis zu entschiedener Geltung gelangt.[1] Als Belege sind anzuführen:

Ortloff und Schüler, Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle B. I. (Jena, 1847) Nr. XII. Gründung einer milden Stiftung durch Testament. Ein Rechtsfall (mit Entscheidung des O.-A.-G. zu Jena) mitgetheilt von Schüler.

Seuffert, Archiv I Nr. 97 (Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden, worin ausgeführt wird: Hat ein Testator für einen gewissen Fall verordnet, daß alsdann sein hinterlassenes Vermögen zu milden und nützlichen Stiftungen angewendet werde, so kann gegen die Wirksamkeit dieser Verfügung nicht eingewendet werden, sie enthalte eine institutio incertae personae.

Ebendaselbst XIV Nr. 103 (Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 2. Decbr. 1856).

Ebendaselbst XVI Nr. 232 (Erkenntniß des Ob.-Hof-Ger. zu Mannheim vom 21. Septbr. 1861).

Entscheid. des K. Ob.-Trib. zu Berlin B. 30 S. 50 f. (Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 14. November 1854, worin ausgesprochen ist: Nach gemeinem Rechte ist die Erbeinsetzung auch einer erst durch das Testament errichteten milden Stiftung (pia causa) für rechtsbeständig zu erachten).

Ebendaselbst B. 40 S. 78 f. (Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 29. November 1858, worin die Frage: Ist die Erbeseinsetzung einer erst durch ein Testament errichteten milden Stiftung — pia causa — für rechtsbeständig zu erachten? sowohl nach gemeinem wie nach preußischem Rechte bejaht ist).[2]

Satze, daß die erste Voraussetzung der Erbfähigkeit durch die Existenz einer Persönlichkeit gebildet wird, woran es hier gerade noch fehlt."

Vergl. Bering, Röm. Erbrecht S. 268 Note 2: „Eine noch nicht bestehende pia causa kann auch unter der Bedingung, daß sie nach dem Tode des Testators existent werden sollte, nicht direkt zum Erben eingesetzt werden, sondern nur zur Vermächtnißnehmerin und etwa Universalvermächtnißnehmerin. Jedoch behandelt das röm. Recht der christlichen Zeit die Einsetzung der Armen, Kranken oder Gefangenen, insofern als Einsetzung bestehender piae causae, als den kirchlichen Vorstehern derselben obliegt, für die möglichste Vollziehung des Willens des Testators zu sorgen."

[1] Köppen, System des heut. röm. Erbrechts (Jena 1864) S. 311 Note 47.

[2] Vergl. auch die diesen Rechtsfall betreffende Schrift:

„Rechtliche Beleuchtung der Kommerzienrath Fränckel'schen Testa-

Was die neuere Gesetzgebung anlangt, so entscheidet über jene Streitfrage:

aa) das Preuß. Gesetz vom 13. Mai 1833 über Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen an Anstalten und Gesellschaften (Ges.-Samml. S. 49 f.) § 5. „Unsere landesherrliche Genehmigung ist ohne Unterschied des Betrages der Zuwendung erforderlich, wenn dadurch eine neue öffentliche Anstalt gestiftet, oder einer vorhandenen Anstalt etwas zu einem andern, als dem bereits genehmigten Zwecke gewidmet werden soll."[1])

bb) das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2074. „Juristische Personen[2]) sind fähig, aus einem letzten Willen zu erwerben, selbst wenn sie zur Zeit der Errichtung desselben noch nicht bestanden haben, dafern sie später, gleichviel ob vor oder nach dem Tode des Erblassers vom Staate anerkannt worden."[3])

Es stimmt dies überein mit dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Großherz. Hessen (Darmstadt, 1845), welcher in der dritten Abtheilung: „Von der Erbfolge" die Vorschrift enthält:

§ 79. „Gemeinden, Körperschaften, öffentliche Anstalten, Kirchen und milde Stiftungen sind fähig aus letzten Willen zu erwerben.[4])

---

mentssache, namentlich in Bezug auf die Gültigkeit der Erbeseinsetzung posthumer Stiftungen nach preußischem Recht unter vergleichender Berücksichtigung des gemeinen Rechts von Dr. E. Windmüller, Justizrath. Berlin, 1859." S. die Anzeige in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" III. S. 526 f.

[1]) Vergl. die Gründe des zuletzt angeführten Ob.-Trib.-Erkenntn. S. 97 f.

[2]) § 52. „Das Recht der Persönlichkeit steht ... den Personenvereinen, Anstalten und Vermögensmassen zu, welche vom Staate als juristische Personen anerkannt sind ..."

[3]) In den Motiven ist gesagt: Der § enthält insoweit, als es nach demselben gestattet ist, eine noch gar nicht existirende juristische Person als Erben einzusetzen, eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln. Zunächst würde nach dem Standpunkte des jetzt geltenden Rechts das Gegentheil richtiger sein. Aber auch von positiven Vorschriften abgesehen, läßt sich die Erbeinsetzung einer juristischen Person, welche erst noch von dem Staate anerkannt werden soll, mit dem Principe, daß nur Derjenige Erbe sein kann, welcher zur Todeszeit des Erblassers lebt, nicht wohl in Einklang bringen. Nichtsdestoweniger sprechen für eine solche Bestimmung, wie sie dieser § enthält, eines Theiles Rücksichten auf den hierbei vorzüglich entscheidenden Willen des Erblassers, anderen Theils die Interessen des öffentlichen Rechts, wozu noch kommt, daß sich dafür fast allgemein ein natürliches Rechtsgefühl geltend macht.

[4]) Vergl. § 228. „Gemeinden, Körperschaften, öffentliche Anstalten, Kirchen und milde Stiftungen können eine ihnen angefallene Erbschaft nur nach vorher hierzu erlangter landesherrlichen Ermächtigung annehmen."

Dies gilt auch von den Anstalten und Stiftungen, welche in dem letzten Willen angeordnet und erst später, wenn auch nach dem Tode des Erblassers, von dem Staate genehmigt worden sind." [1])

d. Corporationen und Gesellschaften.

l. 8 C. de her. inst. (6, 24): Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est.

l. 12 C. eod.: Hereditatis, vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulis domus, aut annonae civiles, aut quaelibet aedificia, vel mancipia, ad jus inclytae urbis, vel alterius cujuslibet civitatis pervenire possunt. [2])

Nach neuerem Rechte sind alle mit juristischer Persönlichkeit bekleideten Corporationen ebendeshalb auch für erbfähig zu erachten. [3])

---

[1]) In den Motiven (S. 56) ist dazu bemerkt: „Selbst solche Anstalten und Stiftungen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht vorhanden sind, jedoch in Folge einer Anordnung des letzten Willens zur Existenz kommen können, sollen, gleich wie das Kind, das bei dem Tode schon concipirt ist und später lebend zur Welt kommt, so betrachtet werden, als hätten sie schon zur Todeszeit existirt. Ihre juristische Existenz erhalten sie erst durch die Genehmigung des Staats; es muß also die Anordnung des Erblassers verfallen, wenn die Staatsgenehmigung nicht erfolgt."

So wird auch in den Gründen des oben angeführten Ob.-Trib.-Erkenntnisses vom 29. November 1858 ausgesprochen: Armenanstalten, denen der Staat die Genehmigung versagt hat, sollen nicht die Rechte moralischer Personen haben. Durch die Versagung der Genehmigung wird der Stiftung der Charakter einer milden abgesprochen, und dadurch wird allerdings selbstverständlich ihr die Persönlichkeit und zwar ex tunc genommen.

[2]) Schirmer, Handb. des Röm. Erbrechtes Th. I S. 30 Note 11: Anfänglich war es nicht erlaubt, Stadtgemeinden zu Erben zu ernennen (Ulp. XXII § 5. Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi, neque pro herede gerere possunt ut heredes fiant) . . . Nachdem inzwischen die Befugniß der juristischen Personen, mit Vermächtnissen bedacht zu werden, sich mehr und mehr erweitert hatte, finden wir endlich unter Leo in l. 12 C. cit. die directe Erbfähigkeit der Städte ganz allgemein anerkannt (vergl. Arndts im Rechtslex. III S. 914 Anm. 40). Hierüber ist jedoch das Röm. Recht nicht hinausgegangen. Gewöhnliche collegia und corpora haben weder auf eine bonorum possessio Anspruch, wo das Civilrecht ihnen die Succession versagt, noch sind sie durch Justinian's Constitution de incertis personis den Städten gleichgestellt.

Vergl. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Com. B. 39 S. 423—442.

Arndts a. a. O. S. 913 f.

[3]) Arndts a. a. O. S. 914 bemerkt mit Recht: Die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, ist in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis von jeher so vorherrschend

Bürg. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 52. „. . . Die juristische Persönlichkeit begreift die Fähigkeit in sich, Vermögensrechte zu haben, vorbehältlich der besonderen Bestimmungen, welche bei Begründung der juristischen Person über den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit getroffen worden sind."

§ 2074. „Juristische Personen sind fähig, aus einem letzten Willen zu erwerben . . ." [1])

Einer, der Eigenschaft selbständiger Persönlichkeit entbehrenden Privatgesellschaft, als solcher, kann eine Erbschaft nicht beschieden werden. [2]) **Nur die einzelnen Mitglieder können hier die honorirten Personen sein.**

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2075. „Werden erlaubte Vereine oder Gesellschaften, welche keine juristische Persönlichkeit haben, als Erben eingesetzt oder sonst in einem letzten Willen bedacht, so gelten die einzelnen Mitglieder, welche zur Zeit des Anfalles den Verein oder die Gesellschaft bilden, als eingesetzt oder bedacht; doch haben dieselben Das, was sie erhalten, in Ermangelung anderer Bestimmung, zum Zwecke ihres Vereins oder ihrer Gesellschaft zu verwenden." [3])

---

gewesen, daß man darnach in der Anerkennung einer solchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt ist.

So sagt auch Schirmer a. a. O. S. 31 Note 14: „Schon seit der Glosse findet sich bei den Praktikern fast allgemein der Satz, daß bloß illicita collegia nicht erbeinsetzungsfähig seien, vergl. z. B. Lauterbach, colleg. P. Lib. 28 tit. 2 § 8. Huber, Prael. jur. civ. ad Inst. Lib. II tit. 14 nr. 1. Voet, com. in P. Lib. 28 tit. 5 § 2. Westenberg, Princ. jur. eod. tit. § 12. Hofacker, Princ. jur. civ. T. II § 1290. Thibaut, Paud. § 963." Ebenso zählt v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III p. 1028 unter den passive intestabiles die „unzulässigen Collegia" auf und bemerkt: Unzulässige, d. i. solche Collegia, Corpora oder Confraternitaeten, welche von der Landesherrschaft nicht specialiter approbirt und privilegirt, sondern nur privata authoritate errichtet seynd, können ebenfalls keine bona vel jura, folglich auch keine Erbschaft erlangen.

[1]) Daß dasselbe auch nach Oesterreich. Rechte gilt, bezeugt Unger, System des österr. allgem. Privatr. I § 43 Note 44.

[2]) Daher kann auch eine, der Korporationsrechte entbehrende freie religiöse Gemeinde als solche nicht zur Erbin eingesetzt werden. Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 13. Juli 1864 (Striethorst, Archiv B. 53 S. 327 f.).

[3]) Siebenhaar, Comment. bemerkt dazu: In dem im § erwähnten Falle ist es so zu betrachten, als ob die einzelnen Vereins- oder Gesellschaftsglieder in einer Gesammtbezeichnung zu Erben eingesetzt oder bedacht wären. Indessen ist dies nur als sub modo geschehen zu betrachten, nämlich um das Erhaltene zum Zwecke des Vereines oder der Gesellschaft zu verwenden, was für die Frage, ob die Einzelnen die actio communi dividundo und bei Auflösung

30. Die politischen Rücksichten, welche sich gegen die Testamentifaction der juristischen Personen, insbesondere der oben zu a. b. und c. aufgeführten, von jeher geltend machten und daher zur Annahme derselben nur nach und nach gelangen ließen — nämlich das Bedenken, Erbschaften und Vermächtnisse an die todte Hand zu bringen —[1]) haben in unserem Rechte dahin geführt, die Annahme der Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen an öffentliche Anstalten oder Korporationen, soweit sie einen gewissen Betrag übersteigen, von der landesherrlichen, beziehungsweise von der durch das Ministerium der geistlichen Angelegenheiten zu ertheilenden Genehmigung abhängig zu machen. Es ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf das Gesetz über Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an Anstalten und Gesellschaften vom 13. Mai 1833 (Ges.-Samml. S. 49 f.) und dessen Nachträge, nämlich Kab.-Order vom 10. April 1836, betreffend die Declaration des § 2 des Gesetzes vom 13. Mai 1833 (v. Kamptz, Annalen XX S. 340), Kab.-Order vom 22. Mai 1836, die landesherrliche Genehmigung von Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen zu Messen betreffend (Ges.-Samml. S. 195), Verordnung vom 21. Juli 1843, eine zusätzliche Bestimmung zu dem Gesetz vom 13. Mai 1833 betreffend (Ges.-Samml. S. 322), Gesetz vom 4. Mai 1846 über die Erwerbung von Grundeigenthum für Korporationen und andere juristische Personen (Ges.-Samml. S. 235).

---

des Vereines oder der Gesellschaft, oder im Falle des Ausscheidens einen Anspruch auf einen verhältnißmäßigen Theil des Vermögens haben, von Einfluß ist.

Vergl. auch Paul. l. 20 D. de reb. dub. (34, 5): Cum senatus temporibus Divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur, cui autem non licet, si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.

[1]) Vergl. Schirmer a. a. O. S. 28 f. Aus besondern Gründen sind erbunfähig juristische Personen, sofern sie nicht durch allgemeinen Rechtssatz wie Kirchen und kirchliche Institute, milde Stiftungen, Staat und Gemeinden, oder durch spezielle Verleihung in dieser Hinsicht privilegirt sind. Es erklärt sich dies daraus, daß das Erbrecht das Vermögen aus der todten Hand gerade fortzubringen sucht, und es deshalb eigentlich nicht wieder in die todte Hand gelangen lassen kann; m. a. W. daraus, daß eine viel größere Abstraction dazu gehört, um eine juristische Person in die vermögensrechtliche Stellung eines Lebendigen nachrücken zu lassen, als dazu, ihr bloß ein eigenes Vermögen zuzuweisen.

§ 43. «Bei Beurtheilung der Fähigkeit eines Erben oder Legatarii muß auf die Zeit des Erbanfalles gesehen werden.»

31. Diese von den Grundsätzen des römischen Rechts[1]) abweichende Vorschrift entspricht vollkommen der Auffassung des Testamentes als einer erst mit dem Tode des Erblassers in Wirksamkeit tretenden, nach unserem Rechte sogar ohne Zuthun des Berechtigten sich vollziehenden Vermögenszuwendung.[2]) Für uns gilt daher allgemein, was das

[1]) § 4 J. de her. qual. (2, 19) und Florentin. l. 49 § 1 D. de her. inst. (28, 5): In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio ... Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti, ut constiterit institutio: mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et cum adierit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio: sive pure, sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi: quia, ut diximus, tria tempora inspicimus.

Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Com. B. 39 S. 220 f.: Die testamentarische Erbfähigkeit muß nicht bloß zur Zeit der Delation des Successionsrechts, sondern auch schon bei der Testamentserrichtung vorhanden sein. Denn im Rechtssinn ist das Testament ein Geschäft mit dem Erben; es folgte also von selbst, daß dieser das commercium sowohl zur Zeit der Errichtung des Testaments, als auch zur Zeit, wo dasselbe in Wirksamkeit trat, haben mußte. Eine nach der Testamentserrichtung eintretende Unfähigkeit des Erben schadete dem Rechtsbestande des Testaments nicht, wenn nur bei der Delation des Erbrechts die Fähigkeit wieder vorhanden war. Denn das in der Testamentshandlung liegende Geschäft mit dem Erben war an sich vollendet, sobald der Act der Testamentsvollziehung geschlossen war. — Hat der Anfall sich bereits ereignet, so ist von jetzt an Alles nach der Person des Erben zu bestimmen; folglich muß die vor dem Erwerb eintretende Unfähigkeit desselben die Wirksamkeit des Testaments ganz vernichten.

Vergl. dagegen Schirmer a. a. O. S. 44 und Note 53, welcher davon ausgeht: Die Berufung eines Unfähigen ist ein an sich leerer und nichtiger Act. Deshalb muß in dem Momente, wo sie ergeht — und dieser tritt für sich gesondert nur bei der Testamentserrichtung hervor — der Berufene die Successionsfähigkeit besitzen. Ganz dasselbe gilt von dem (bei der Intestatsuccession mit dem Augenblicke der Berufung nothwendig zusammenfallenden) Angebote der Erbfolge. Dieses kann nicht bloß von vornherein an keinen Unfähigen gerichtet, sondern muß auch von dem, der es später geworden, sofort zurückgezogen werden. Daher die Forderung, daß die Erbfähigkeit ununterbrochen von der Delation bis zum Erwerbe der Erbschaft fortdauere ...

[2]) Gesetz-Revision. Pensum XVI S. 88: Dieser Grundsatz (§ 43 d. T.) stimmt zwar nicht mit dem des röm. Rechts überein; da aber nach dem A.-L.-R. eine Erbschaft dem Erben durch den Tod des Erblassers anfällt und es

römische Recht nur in Beziehung auf den incapax annimmt: „Non oportet prius de conditione cujusdam quaeri, quam hereditas legatumve ad eum pertineat“ (Terent. Clemens l. 52 D. de legat. 2). [1]) Der gleiche Grundsatz findet sich daher auch in neueren Gesetzgebungen. [2])

Oesterreich. bürg. Gesetzb. § 545. „Die Erbfähigkeit kann nur nach dem Zeitpuncte des wirklichen Erbanfalles bestimmet werden. Dieser Zeitpunct ist in der Regel der Tod des Erblassers.“

§ 546. „Eine später erlangte Erbfähigkeit gibt kein Recht, Anderen das zu entziehen, was ihnen bereits rechtmäßig angefallen ist.“

§ 703. „Zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person ... bey dem Eintritte derselben erbfähig sey.“ [3])

---

keiner weiteren Erklärung und Besitzergreifung zur Erwerbung des Eigenthums von Seiten des Erben bedarf, und da ein Testament erst mit dem Tode des Erblassers in Kraft tritt, und bis dahin auch widerruflich ist, so erscheint die durch das A. L. R. getroffene Abänderung des röm. Rechts vollkommen begründet.

[1]) Vergl. Modestin. l. 62 pr. D. de her. inst. (28, 5): In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: „Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto.“ Idem in legato. Vergl. v. Baugerow Pandekten II § 429 S. 91 f. Vering, Röm. Erbrecht S. 276.

[2]) Am röm. Recht hält noch fest das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 12. „... Im Uebrigen ist auch zu merken, daß der Erbe nicht nur zur Zeit der Verfertigung des Testamentes, sondern auch zur Zeit, da er die Erbschaft antritt, und in Institutionibus conditionalibus zur Zeit, da die Condition existirt, passive testabilis und fähig sein muß, wohingegen ihm die Unfähigkeit in vorgehender, nachgehender oder mittlerer Zeit nicht im Wege stehet.“ — v. Kreittmayr bemerkt dazu: de morte testatoris thut zwar unser Codex hier keine Meldung, welches aber aus einem bloßen Schreibfehler geschehen ist, dann die Wort „und des Testatoris Tod“ seynd post verba: „des Testaments“ bey der Decopirung in der Feder, folglich auch in dem Druck zurückgeblieben, worauf man also um so mehr Bedacht zu nehmen hat, als das Jus commune in diesem Stück reformiren zu wollen es niemahl die Meinung gehabt hat.

[3]) Das bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Siebenhaar in seinem Comment. III S. 228 Note 1 bemerkt jedoch: „Von einer Anwendbarkeit der gemeinrechtlichen Vorschrift, daß die test. factio passiva auch schon bei der Errichtung des letzten Willens vorhanden gewesen sein müsse, kann nach den b. G.-B. schon an sich keine Rede sein.“

Auch der Code civil bestimmt hierüber nichts. Die Französische Jurisprudenz nimmt jedoch an: la disposition faite au profit d'un individu incapable au moment de la confection du testament, et capable au moment

Entwurf eines bürg. Geſetzb. für das Großh. Heſſen Abth. III Art. 76. „Die Fähigkeit durch letzten Willen zu erwerben, muß bei dem Tode des Erblaſſers, oder, wenn die Erbeinſetzung oder das Vermächtniß an eine aufſchiebende Bedingung geknüpft iſt, bei dem Eintritte der Bedingung vorhanden ſein.“ [1])

32. Die Vorſchrift des § 43 findet ſowohl ihrer allgemeinen Faſſung als ihrer Stellung nach auch auf juriſtiſche Perſonen Anwendung. Das oben erwähnte Ob.-Trib.-Erkenntniß vom 29. November 1858 ſpricht ſich hierüber in ſeinen Gründen (Entſcheid. B. 40 S. 89 f.) dahin aus:

> . . . Die Fähigkeit, für deren Beurtheilung der § 43 Tit. 12 eine beſtimmte Zeit vorſchreibt, muß offenbar ebenſowohl bei juriſtiſchen wie bei phyſiſchen Perſonen verlangt werden. Wollte man dieſen Paragraphen auf phyſiſche Perſonen beſchränken, ſo würde eine Beſtimmung darüber, welche Zeit für die Beurtheilung der Fähigkeit bei juriſtiſchen Perſonen maßgebend ſein ſoll, fehlen. Einen ſolchen Mangel aber kann man unmöglich in das an ſich dazu gar nicht nöthigende Geſetz hineindeuten . . . Die Fähigkeit der zu Erben eingeſetzten Inſtitute kommt nach § 43 zur Zeit der Teſtamentserrichtung gar nicht in Frage, ſondern nur zur Zeit des Erbanfalls. Allerdings iſt die Fähigkeit, von welcher § 43 ſpricht, etwas Anderes, als Perſönlichkeit. Allein die Perſönlichkeit, die Exiſtenz, iſt eine Bedingung der Fähigkeit. Der § 43 läßt daher die Frage nach der Perſönlichkeit ganz außer Betracht, er verlangt nur die Fähigkeit zur Zeit des Erbanfalles. Iſt zu dieſer Zeit die Erbfähigkeit und damit alſo auch die Perſönlichkeit des eingeſetzten Erben vorhanden, ſo iſt die Zeit der Entſtehung dieſer Perſönlichkeit ganz gleichgültig, und zwar ebenſo gleichgültig bei juriſtiſchen, wie bei phyſiſchen Perſonen.[2])

---

de la mort du testateur, est valable. — Et si le legs est conditionnel, il suffit de la capacité à l'époque de l'événement de la condition (Les Codes annotés de Sirey. Edit. par Gilbert (Par. 1862) Vol. I p. 390 nr. 5, 6.)..

[1]) Motive (S. 55, 56): Jede Berufung in einem letzten Willen hat den Zweck, dem Berufenen Etwas auf den Todesfall zuzuwenden; der letzte Wille tritt erſt mit dem Tode des Erblaſſers in Kraft, und die Fähigkeit zu erwerben, iſt erſt in dem Zeitpunkte nöthig, wo der Erwerb gemacht werden kann. Deswegen kennt der Entwurf keine beſondere, von der Erwerbsfähigkeit unterſchiedene Inſtitutionsfähigkeit, er ſieht nur auf jene und bezeichnet den Tod des Erblaſſers als den Moment, wo ſie vorhanden ſeyn muß.

[2]) Vergl. auch die oben S. 363 Note 2 angeführte Schrift des Juſtizrathes E. Windmüller S. 29 ff.

Was in einem Teſtamente oder Codicille verordnet werden könne.

§ 44. «Der Erblaſſer kann in ſeinem Teſtamente einen oder mehrere Erben zu ſeinem Nachlaſſe nach Gutbefinden ernennen.»

33. § 4 J. de her. inst. (2, 14): Et unum hominem et plures in infinitum, quot quis velit, heredes facere licet.

Ulp. l. 13 § 1 D. de her. inst. (28, 5): Paterfamilias distribuere hereditatem inter partes potest, quot voluerit.

Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. Edit. V. (Hal. 1785) § 710: . . . ab arbitrio testatoris dependet, an unum, sive is sit persona physica, sive moralis, an vero plures heredes, sicque coheredes — instituere velit.[1])

Brinz, Lehrb. der Pandekten § 181: . . . . Es liegt im Namen und Weſen der Berufung zum Erben, daß man an die Stelle des Erblaſſers überhaupt berufen werde. Einmal vorausgeſetzt, daß das Vermögen des Erblaſſers die Sphäre bildet, in der er verſetzt werden ſoll, müſſen wir uns im „Erben" eine Perſon denken, die wenigſtens innerhalb dieſer Gränze ſchlechthin an die Stelle des Erblaſſers tritt. Dieſer Vorſtellung folgt der Teſtator, wenn er

a) Jemanden zu ſeinem „Erben" ernennt. Sie verläßt ihn

b) auch dann nicht, wenn er der Erben mehrere zumal ernennt, gleichviel ob er ihnen noch eigens Theile anweiſt oder nicht; denn da die Theile, wie man ſagt, „ideell" ſind, ſind auch die Mehreren noch in Anſehung des Vermögens überhaupt an die Stelle des Erblaſſers gerufen. So kann denn der Teſtator ſo viel Erben als er will und zu beliebigen Theilen ernennen.

Revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 2 Art. 1 § 6: „Welcher Perſonen Einſetzung aber im Rechten nicht außdrüklich verbotten, die mögen alle zum Erben eingeſetzt oder benant werden, wenig oder viel, nach des Teſtirers Wolgefallen oder Gelegenheit . . ."[2])

---

[1]) Vergl. S. Stryk, de caut. test. cap. XVI § 20, welcher dabei den Rath ertheilt: Observandum tamen hic est cauto testatori, ne infinitam illam potestatem nimis crude et simpliciter, sed in sensu juridico accipiat. Infinitum autem in jure nostro saltem pro indefinito seu non determinato capitur. Est enim omnis dispositio legum ita interpretanda, ut effectum habere possit: Quis autem ex hominibus id, quod infinitum est simpliciter, metiri poterit? Quid ergo, si quis omnes homines in mundo heredes suos scripserit: an valida erit institutio? Minime vero . . .

So ſagt auch v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III p. 1005: Ueber die Frag, ob man die ganze Welt zu Erben einſetzen möge, führt zwar Manz T. 6 Q. 11 von nr. 3—19 viele Rationes ſowohl pro als contra an, allein wer ſo disponirt, muß entweder ſelbſt ein ganzer Narr ſeyn, oder andere dazu machen wollen . . .

[2]) So auch die Kayſ. Land-Gerichts-Ordn. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 42 § 4. „Einer jeden Perſon ſo zu Teſtiren Vor-

Baieriſches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 9. „. . . 3tio hat der Teſtator vollkommene Freyheit, entweder einen oder mehrere Erben zu benennen . . .“

34. Steht feſt, daß der Teſtator die Abſicht hatte, Mehrere zur Erbſchaft zu berufen, ſo iſt ſeine letztwillige Verordnung nicht eher vollendet, als bis er ſämmtliche Erben genannt hat.

Javol. l. 25 D. qui test. fac. (28, 1): Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Dig. lib. 1 Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare. Ego nec Servium puto aliud sensisse.

35. Ueber die Wirkſamkeit einer dahin gefaßten Erbeseinſetzung:
„A oder B ſoll mein Erbe ſein“
entſcheidet Juſtinian

l. 4 C. de verb. sign. (6, 38): Cum quidam sic vel institutionem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem, vel tutelam scripsisset: „ille aut ille mihi heres esto,“ vel „illi aut illi do lego,“ vel „dari volo,“ vel „illum aut illum liberum,“ aut „tutorem esse volo,“ vel „jubeo“: dubitabatur, utrumne inutilis sit hujusmodi institutio et legatum et fideicommissum et libertas et tutoris datio? an occupantis melior conditio sit? an ambo in hujusmodi luera vel munera vocentur? et an secundum aliquem ordinem admittantur? an uterque omnimodo? cum alii in institutionibus primum quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum, alii in fideicommissis posteriorem solum accepturum fideicommissum existimaverint, quasi recentiore voluntate testatoris utentem . . . Melius itaque nobis visum est, omni hujusmodi verbositate explosa, conjunctionem „aut“ pro „et“ accipi . . . ut ambo veniant aequa lance ad hereditatem, ambo legata similiter accipiant: fideicommissum in utrumque dividatur . . .[1])

Unſer Landrecht enthält eine ſolche eigenthümliche Beſtimmung nicht.[2]) Wir werden nicht berechtigt ſein, von den klaren Worten des Teſtators

habens, iſt freygeſtellt, einen oder mehr zu Erben ihrer Güther zu ſetzen, und von denſelbigen jedem ſo viel ſie will, Erbsweiſe Titulo Institutionis zu ordnen.“

[1]) Vergl. Procul. l. 69 D. de her. inst. (28, 5).

[2]) Wohl aber das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2167. „Hat der Erblaſſer Mehrere in der Weiſe zu Erben ernannt, daß entweder der Eine oder der Andere Erbe ſein ſoll, ſo iſt anzunehmen, daß Alle erben ſollen.“

Unger, das öſterreich. Erbrecht S. 61 Note 4 iſt der Anſicht, daß man wohl auch nach öſterr. Recht in dem vorausgeſetzten Falle das „oder“ in „und“ werde verwandeln dürfen.

abzugehen. Nach dieſen ſind die genannten Erben nicht gleichzeitig — nicht conjunctim, ſondern disjunctim — berufen. Der gewählten Faſſung entſpricht es daher allein, wenn man A als den zunächſt Berufenen, B aber als ſubſtituirten Erben anſieht.

---

§ 45. «Er kann auch nur über einen Theil ſeines Nachlaſſes verordnen, und es in Anſehung des Ueberreſtes bei der geſetzlichen Erbfolge laſſen.»

36. Hiermit iſt die bekannte römiſche Rechtsregel aufgegeben: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest — ein Rechtsſatz, der von jeher großen Anſtoß erregt hat[1]) und deſſen Grund und Bedeutung erſt von der neueren Doctrin erkannt worden iſt.[2])

---

[1]) S. Stryk, de caut. test. cap. I § 13: „. . . in ista regula constituenda plane obliti sunt Romani LLatores, quod alibi inculcarunt, voluntatem testatoris pro lege habendam esse; sed ex illo fundamento ipsi obtrudunt universalem heredem, quem ipse unquam pro tali agnovit . . . Novi quidem hic rationem non deficere, quia sc. testamentum est dispositio universalis, quae de parte bonorum fieri nequit, et eapropter cum testamentum favorabilius sit, jure successionis legitimae, et provisio hominis faciat cessare provisionem legis, causam testati ad se trahere causam intestati, partemque bonorum licet minimam, in qua quis solus institutus est, omne patrimonium ad se trahere dicunt. Verum si rationum rationes desideres, ad priorem regulam recurritur, quae remota subtilitate juris Romani nihil veritatis naturalis continet. Cur enim aliquis de parte bonorum codicillos condere potest, et non testari? Inter haec enim nulla, nisi solennitatis, diversitas ostendi potest. Et si tandem testamento praecipui quid assignandum, cur miles, si hac ratione testatur, pro parte heredem habere potest ex testamento, pro parte ab intestato. Sane quod in milite injustum non est, quare in pagano illa interpretatio capienda, quae excludat agnatos jure sanguinis et legis favore gaudentes.

So ſagt auch Suarez in ſeinen amtlichen Schlußvorträgen (v. Kamptz, Jahrb. XLI S. 79): In Anſehung der Erbeseinſetzung iſt das principium des röm. Rechts: quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit, aufgehoben worden. — Wie wenig Vernunftmäßiges dieſer Grundſatz habe, und was für widerſinnige, ja ganz abſurde Folgen daraus entſtehen, hat Stryk l. c. § 13 ſchon gezeigt. Es iſt z. B. äußerſt empörend für jeden geſunden Menſchenverſtand, daß, wenn der Teſtator in ſeinem Teſtamente ausdrücklich geſagt hat: Filius ſoll mein Erbe ſein; er ſoll aber nur die Hälfte meines Nachlaſſes haben — dieſer filius, jenem principio zu Gefallen, dennoch das Ganze bekommt; ob es gleich klar iſt, daß der Teſtator die andere Hälfte ſeines Nachlaſſes ſeinen nächſten Verwandten hat laſſen

Im germanischen Recht hat dieser Satz nie Wurzel zu fassen vermocht und ist so allmälig als ein verdorrtes Reis bei Seite geschafft worden.

---

wollen. Auf der Abschaffung dieses principii beruhen die §§ 44, 46, 256—260, 285 u. a. m. (Weiterhin wird die Beibehaltung des jus accrescendi gerechtfertigt, weil dieses auf dem vernunftmäßigen Grunde beruhe: daß der Testator die ernannten Erben mehr geliebt habe als seine heredes ab intestato.

[2]) Hervorzuheben ist besonders: Prof. Huschke: Ueber die Rechtsregel: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest (im Rhein. Museum VI S. 257 ff.). In Betreff der übrigen Literatur ist zu verweisen auf Schirmer, Handbuch des Röm. Erbrechtes Th. I § 5 Note 17.

v. Keller, Pandekten § 460: Der vielbestrittene Grund jener Rechtsregel ist in folgenden zwei Gedanken zu finden:

a. Die Beerbung als Fortsetzung der ökonomischen Persönlichkeit des Erblassers ist etwas nothwendig Totales. Wollte der Erblasser wirklich nur einen Erben zur Hälfte bekommen und für die andere Hälfte gar nicht beerbt sein, so hat er etwas Unmögliches und Widersinniges gewollt. Man hat also nur die Wahl anzunehmen, seine ganze Erbeinsetzung sei ungültig und also das ganze Testament zugleich, oder er habe seinen Willen nicht ganz richtig ausgedrückt und er wolle eigentlich jenen einzigen Erben zur Hälfte in der That zum ganzen Erben. Das Letztere war aber so viel natürlicher und wahrscheinlicher.

b. Ein Erbe kann nicht stillschweigend und formlos ernannt werden. Es ist möglich, daß der Erblasser zur Hälfte den A zum Erben ernannte, die andere Hälfte stillschweigend seinem Intestaterben zufallen lassen wollte. Da würde dieser seinen Theil eigentlich nicht ab intestato, sondern durch den Willen des Erblassers bekommen. Das hätte auch nichts Widersinniges. Aber dem Intestaterben steht hier dieser zweite positive Gedanke entgegen. Deswegen ist von dieser Seite die Ausnahme möglich, welche später zu Gunsten des miles (propter nimiam imperitiam) zugelassen wurde, während von Seite des ersten Gedankens keine Ausnahme möglich ist.

Köppen, System des heutigen röm. Rechts (Jena 1864) S. 273 f.: Das Testament hat die juristische Bestimmung, wie eine lex specialis in dem concreten Erbfall die gesetzliche Succession vollständig auszuschließen, und folgeweise zugleich die, für den ganzen Nachlaß die Erbfolge anzuordnen. Diese Bestimmung mußte, wie dem alten Comitientestament, auch noch dem mündlichen Mancipationstestament mit Nothwendigkeit gegeben werden, weil sonst dem Volke bez. den Zeugen ein wirkliches Urtheil über dasselbe nicht möglich war. In derselben gründet sich der bekannte Satz: nemo pro parte etc. Mit der Einführung des schriftlichen Testamentes fiel zwar der ursprüngliche Grund dieser Beschränkung weg, allein die röm. Jurisprudenz hielt dennoch an dem bisherigen Rechte fest, weil auch jetzt noch seine Anwendung zweckmäßig erschien. Wer blos pro parte testirt, hat dabei nicht nothwendig die Absicht, daß der andere Theil seinen gesetzlichen Erben zufallen soll, er kann auch den Plan seiner Beerbung überhaupt noch nicht vollständig entworfen,

Huschke a. a. O. S. 365 f.: Das deutsche Recht geht von einer so gänzlich verschiedenen Grundanschauung des Verhältnisses der Person zu ihrem Vermögen aus, daß in ihm von jener Regel gar nicht einmal die Rede sein kan. Der Deutsche weiß nichts von der Einheit des Vermögens in der Person, die die Römer mit dem Ausdruck familia bezeichneten und ihrem Begriffe der hereditas zu Grunde legten. Vermöge jener Subjectivität, die wir nicht unpassend die germanische Freiheit nennen, können ihm nur Sachen, nicht die Person objectiv sein, wie es in der hereditas geschieht, kan die Person, die ihm selbst höchste Quelle des Rechts ist, nicht als gebunden durch das Recht gelten. Daraus folgt aber, daß er in dem Nachlasse auch keine nothwendige Einheit, die ja blos die Person in ihm bildet, sondern nur einen Inbegriff von Sachen erbliken kan. Nicht das uniuersum ius, quod defunctus habuit, sondern „mit swelkme gude die man bestirft, daz heizit alles Erve." [1])

Es gibt daher auch nach deutschem Rechte keine eigentliche per uniuersitatem successio von Todeswegen. „Der ganze Nachlaß eines Deutschen, sagt Mittermaier[2]), darf nicht als einzige unzertrennte Masse, wie bei den Römern, gedacht werden; so viele getrennte Vermögensmassen, wegen welcher verschiedene Familienbeziehungen oder besondere Lasten oder besondere engere Genossenschaften vorkommen, eben so viele Erbmassen gab es auch, daher die Succession in das Stammgut, durch welches die Familie als fortlebend betrachtet wurde, nicht die nemliche wie die in das übrige Vermögen war. Daher komt auch eine eigene Succession in das Wehrgeld vor, und bei den verschiedenen Vermögensmassen kommen nach ihrer eigenthümlichen Natur auch eigene Successionsverhältnisse vor." Da somit der ganze Grund unserer Rechtsregel im deutschen Recht wegfällt, so versteht es sich von selbst und ohne daß es eines nähern Eingehens auf die deutschen Successionsgründe bedürfte, daß auch die Regel selbst ihm unbekant ist, wie auch die Lehrer des deutschen Rechts einstimmig bezeugen [3]).

Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Com. B. 38 S. 79 f.: Es ist streitig, ob die Regel: Nemo pro parte etc. überhaupt in Deutsch-

---

sich also über den Rest seines Vermögens eine spätere Berufung und zwar zu Gunsten anderer Personen vorbehalten haben. Eine solche Halbheit des Testaments mußte daher, wenn es unvollendet blieb, Ungewißheit über den Willen des Testators erzeugen, im Fall einer späteren Ergänzung konnte sie aber leicht Verwirrung in seinen Dispositionen herbeiführen, da sich diese Gefahr überall mit der Unterbrechung eines complicirteren Geschäftes verbindet. Demnach empfahl es sich, bei der alten Vorschrift auch im spätern röm. Rechte stehen zu bleiben ... Die wahre Bedeutung des Satzes: Nemo pro parte testatus etc. ist hiernach diese: wenn Jemand blos pro parte testirt hat, so tritt für den andern Theil seines Nachlasses nicht die Intestaterbfolge ein, sondern es wird durch das Testament auch in diesem Falle die ganze Erbschaft erschöpft.

[1]) Sächs. Landr. B. I Art. 6.

[2]) Grundsätze des gem. deutschen Privatr. §. 382. S. 808. 4te Ausg.

[3]) Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. §. 348 a. E. S. 812. 813. Mittermaier a. a. O. § 384. und die daselbst Note 3—5 citirten Schriftsteller.

land gilt. Mit Recht erklären ſich die Meiſten gegen ihre Geltung. Denn wenngleich die im deutſchen Erbrechte ſo häufig vorkommende Trennung der Vermögensmaſſen die Idee an ſich nicht ausſchloß, daß als der eigentliche Univerſal-Erbe Der zu betrachten ſei, welcher den unbeſtimmten Theil des Nachlaſſes erhielt, ſo hinderte er doch das Aufkommen jenes Grundſatzes, welcher dadurch ſo Vieles von ſeiner praktiſchen Bedeutung verlieren mußte. In Deutſchland hat man ſich daher mit jener Regel nie recht befreunden können und ſie meiſt als eine unnütze römiſche Subtilität betrachtet. Die meiſten Partikularrechte ignoriren ſie und in den neuſten Geſetzgebungen iſt ſie ausdrücklich aufgehoben.

Bluntſchli, deutſches Privatrecht § 200: In ganz Deutſchland, man kann ſagen in ganz Europa, hält im wirklichen Leben Jedermann noch an dem Grundprinzip des germaniſchen Rechtes feſt, daß in der Regel die Erben ſchon durch die Natur beſtimmt ſeien: und wenn die Völker nun auch ſich an Teſtamente mehr als früher gewöhnt haben, ſo verhält ſich doch — im entſchiedenen Gegenſatz zu den Römern — die auf Teſtament gegründete Erbfolge zu der geſetzlichen Familienerbfolge nur wie Ausnahme zur Regel. Der Satz des röm. Rechts, der den Neueren von jeher ſo räthſelhaft vorgekommen iſt, und doch aus der Grundanſchauung des röm. Erbrechts ſich von ſelbſt verſteht: nemo pro parte testatus etc. iſt daher von dem Standpunkte des heutigen Erbrechtes aus verkehrt und völlig unhaltbar. Ganz im Gegentheil, es entſpricht der heutigen Denkweiſe, die geſetzliche Erbfolge als die natürliche vorauszuſetzen, wenn man durch Teſtament etwas daran verändern will. Es iſt daher gar wohl denkbar, daß in einem Erbfalle die geſetzliche Erbfolge und eine Erbfolge aus Teſtament und aus Erbvertrag zugleich vorkommt.

Pagenſtecher, Pandekten-Praktikum (Heidelb. 1860) S. 640: Mit unſerem Rechtsgefühle ſteht der ganze Satz „nemo pro parte —“ in ſchneidendem Widerſpruche, und ſcheint es gerathener, gemäß dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers die nicht verfügten Erbſchaftstheile den Inteſtaterben zuzubilligen, wie ſchon die Römer das Gleiche aus Soldatenteſtamenten gelten ließen, welche frei von civiliſtiſchen Formregeln, lediglich nach dem wirklichen Willen des Verſtorbenen ausgelegt wurden. [1])

---

[1]) So bezeugen auch von den älteren Rechtslehrern:

Gudelinus, de jure novissimo Lib. II c. 5: illam juris Romani subtilitatem apud nos negligi: id patere ex eo, quod plerumque locorum non nisi de certo genere, certave parte bonorum sit permissum testari: reliqua vero bona ad propinquos defuncti lege devolvi. Unde porro consuetudines hodiernas permittentes, ut quis testatus et intestatus decedat, in aliis duobus articulis a jure Romano differre, primo, ut moribus nostris jus accrescendi in parte vacante locum non habeat: contra vero, sublato hoc principio, impedimento amplius nihil esse, quia institutio heredum fieri possit ex certo tempore, vel ad certum tempus, quod leges Romanae improbant, quia sic quis testatus et intestatus decederet.

Perez in C. de her. inst. Nr. 14: Mores nostri istam subtilitatem spreverunt, quum permittant, ut testator partim testatus partim intestatus

Aeltere deutsche Partikularrechte haben allerdings den römischen Grundsatz aufgenommen.

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 11 § 14. „Und sollen alle obvermeldete und andere rechtmässige letste Willen, darinnen Erben eingesetzt auff die gantze Verlassenschafft, und nicht nur auff etlich Thail angestellt werden; Dann es kan keiner nur zum Thail testiren, und zum Thail ohntestirt absterben." [1])

§ 15. „Darumb Wir auch hiemit (nach außweisung geschribner Rechten) setzen und ordnen, daß, obgleich einer in seinem Testament allein in etliche Stück oder Thail seiner Haab und Güter einen oder mehr Erben eingesetzt, und in übrigen Thailen nichts verordnet, noch derselbigen gedacht hette, dannoch auch solche übrige Thail oder Stück seiner Verlassenschaft denen eingesetzten Erben, einem jeden nach seiner Angebühr, zugehören sollen." [2])

Revid. Land-Recht für das Hertzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 2 Art. 2 § 2. „. . Obgleich einer in seinem Testament nur in etliche Stück oder Theil seiner Haab und Güter einen oder mehr Erben gesetzet und in übrigen Theilen nichts verordnet noch derselbigen gedacht hätte: So verordnen und wollen Wir, daß dannoch auch solche übrige Theil oder Stück seiner, des Testirers, Verlassenschaft auch den eingesetzten Erben, einem jeden nach seiner Angebühr (rata portione) zugehören sollen; Dann es sollen obvermeldte und andere rechtmäßige Testamenta und letzte Willen, da man Erben

---

decedat. Ex his apparet in Germania minore et Gallia Belgica jus testamentarium Romanorum hactenus receptum, ut tamen libertas testandi ita restricta sit, ne de omnibus bonis liceat testari, idque in favorem heredum ab intestato, qui major jure Teutonico, quam testamentariae successionis.

Vinnius, com. § 5 J. 2, 14 nr. 7. In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani. H. Grotius manuduct. ad jus Holl. II. c. 18. Gudelin. II c. 5. Christin. Vol. I dec. 51 nr. 48 sq. dec. 312. Vol. IV. dec. 10 nr. 3.

Idem sel. quaest. Lib. II cap. 22: . . . Regula ista e solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in testamento militis, unde satis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Voet, com. ad P. 28, 1 nr. 1. i. f.

[1]) Griesinger in seinem Comment. B. 5 S. 332 f. bemerkt dazu: der § XIV bedarf keiner weitern Erklärung, aber soviel bemerke ich hiebei doch, daß die Vernunft von der berüchtigten Rechtsregel: Nemo paganorum pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest nichts wisse und daß daher diese Spitzfindigkeit des Röm. Rechts, welche selbst die Römer bei den Testamenten der Soldaten nicht Stattfinden ließen, heutzutage billig überall aus den Gesetzbüchern ausgestrichen werden sollte.

[2]) Fast wörtlich stimmt überein die Kayſ. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. Francken Th. III Tit. 42 §§ 6. 7.

einsetzet, auff alle Verlassenschafft, und nicht nur auff etliche Thail, und auf etliche nicht, angestellet werden, in Bedenckung, daß es wider alle Vernunfft und Recht wäre, daß einer nur zum Theil testirte, und zum Theil ohne Testament abstürbe."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 9. „. . . und da nun 4to einer allein benannt ist, so bekommt er die ganze Erbschaft, ungeachtet derselbe nur in einer gewissen Erbs-Portion, oder gar in einer gewissen Sache (Re certa et specifica) als Erbe genannt wäre, weil regulariter Niemand zum Theile Testatus, zum Theile Intestatus abfahren kann, wo es die Rechte nicht besonders gestatten . . ." [1])

Erst die neueren Gesetzbücher, unter Vorgang unseres Landrechts, haben in diesem Punkte mit dem römischen Rechte gebrochen.

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 534. „Die erwähnten drey Arten des Erbrechtes (das gesetzliche, das testamentarische und das vertragsmäßige) können auch neben einander bestehen, so, daß einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem anderen aus dem Vertrage, und einem Dritten aus dem Gesetze gebührt." [2])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2065. „Die Erbfolge aus einem letzten Willen tritt blos soweit ein, als die darin getroffene Verfügung reicht. Es gelten in dieser Hinsicht die Vorschriften in §§ 2011 bis 2014." [3])

Privatrechtl. Gesetzb. für den Kanton Zürich § 2076. „Der Testator kann . . . wen er will zu seinem Erben für die ganze Verlassenschaft oder für einen Theil derselben einsetzen . . ."

---

[1]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: Daß der Erbe alles bekomme, wann er in allem instituirt ist, begreift jedermann leicht. Daß ihm aber auch auf dem Fall, wann er nur in einem Theil der Erbschaft oder re certa als Erb ernannt ist, nichts destoweniger die ganze Hereditaet zukommen soll, scheint freylich den natürlichen Verstand zu übersteigen, und will solches de jure naturae oder wie der Franzoß sagt, selon le bon sens niemand recht einleuchten, allein das geschriebene Recht bringt es einmahl so mit sich . . . Man mißkennet nicht, daß dieses eine bloße Römische Subtilitaet seye, welche ausgemustert zu werden verdient hätte. Dem ohngeacht laßt es unser Codex dabey bewenden, weil sich hieran nichts hätte reformiren lassen, ohne den langen Schweif, welcher daran hangt, gleichfalls mit wegzuschneiden.

[2]) Die Folgesätze dieses Principes sind in den §§ 554. 556. 728 enthalten.

[3]) Motive: Dieser § bezieht sich darauf, daß die Rechtsregel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, welche die Römer darauf gründeten, daß zwischen der Intestaterbfolge und der testamentarischen Erbfolge eine „naturalis pugna" obwalte, durch das Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829 § 2 in totum aufgehoben worden ist.

(Es ist hier verordnet, daß wenn ein Erblasser nur zu einem gewissen Theile einen Erben ernannt und wegen des übrigen Nachlasses nichts ververfügt hat, letzterer an die gesetzlichen Erben fallen solle. v. Langenn und Kori, Erört. prakt. Rechtsfragen Th. 3 S. 152).

§ 2085. „Soweit der Einsetzung eines Erben im Testamente keine Folge gegeben wird, ... tritt die gesetzliche Erbfolge ergänzend ein, insofern nicht aus dem Testament auf eine andere Willensmeinung des Erblassers zu schließen ist.“ [1])

Entwurf eines bürg. Gesetzb. für das Großh. Hessen (1845) Abth. 3 Art. 2. „Den Erben beruft das Gesetz, der letzte Wille des Erblassers oder ein Vertrag. Diese drei Berufungsarten sind neben einander zulässig ...“

Art. 3. „Die Erbschaft fällt an die gesetzlichen Erben, insoweit darüber der Erblasser nicht durch letzten Willen oder Vertrag rechtsgültig verfügt hat.“ [2])

---

§ 46. «Auch ohne Benennung irgend eines Erben kann er über einzelne Theile[3]) oder Stücke seines Nachlasses verfügen.»

37. § 1 J. de codic. (2, 25): non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest.

Paul. l. 8 § 1 D. de jure cod. (29, 7): Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur patersfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 22. „Ob wol auch in gemeinen Rechten die Erbeinsetzung in einem jeden Testament für das Hauptstück gehalten wird, so sollen doch nach diesem unserm Stadt-Recht, zu Handhabung des Testatoris Willens, auch die Geschäfte und Ordnungen, darin kein Erbe benennet wird, für kräftig gehalten und vollstrecket werden.“

---

[1]) Bluntschli, Erläut. IV S. 156 bemerkt dazu: Diese Bestimmung rechtfertigt sich aus dem Grundgedanken, daß die testamentarische Erbfolge in unserm Recht nur eine Ausnahme von der Regel der gesetzlichen Erbfolge ist. Wo die Ausnahme aufhört, tritt die Regel von selbst ein. Anders war das im röm. Recht, welches die Erbfolge aus Testament als Regel betrachtet.

[2]) In den Motiven (S. 4) ist gesagt: Der Entwurf verwirft, nach dem Vorbilde sämmtlicher neueren Gesetzgebungen, den zwar im röm. Recht begründeten, aber in Deutschland nie zur vollen Geltung gekommenen Grundsatz: nemo paganus pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest, und macht dadurch ein gleichzeitiges Zusammentreffen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Erbfolge möglich. Das Aufgeben jenes Grundsatzes befreit zugleich den Testator von einer Reihe ganz zweckloser Beschränkungen und trägt wesentlich zur Vereinfachung unseres Rechtszustandes bei, indem mit ihm jede Zwangsverbindlichkeit, gewisse Personen direct im Testamente zu berücksichtigen, und somit die ganze so verwickelte und controverse Lehre von dem Notherbenrechte ausfällt.

[3]) Ueber diesen Ausdruck s. oben S. 319, 320.

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2063. „In einem letzten Willen können Erben ernannt und neben der Erbeinsetzung, oder ohne eine solche, Vermächtnisse oder Anwartschaften angeordnet werden."

---

§ 47. «Er kann auch die Person des Erben oder Legatarii durch bloße Beziehung auf einen anderen Aufsatz bezeichnen.»

§ 48. «Ein solcher Aufsatz muß aber dem Testamente selbst, allenfalls besonders versiegelt, beigelegt werden.»

38. Ueber die Nothwendigkeit der gehörigen Bezeichnung des Erben oder Vermächtnißnehmers und die Art derselben sprechen sich aus:

Ulp. l. 9 § 9 D. de her. inst. (28, 5): Heres institui, nisi ut certe demonstretur, nemo potest.

Modestin. l. 62 § 1 eod.: Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet . . .

Ulp. l. 9 § 8 eod.: Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod paene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio.[1])

Paul. l. 4 D. de reb. dub. (34, 5): Paulus respondit: quum nomen fideicommissarii testamento adscriptum non sit, nulli personae, neque certae, neque incertae, datum fideicommissum videri, indubitatum est.[2])

Erneuertes Gem. Land-Recht des Herzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 11 § 1. „. . . Demnach so setzen und ordnen Wir, daß ein jeder, der ein Testament auffzurichten vorhabens ist, diejenigen, so er zu Erben haben will, außtrukenlich und verständtlich benenne und einsetze . . ."[3])

§ 3. „Wann auch einer den Erben mit seinem aignen Namen nicht benennt, sondern die Person, so er zu seinem Erben zu verordnen entschlossen, mit solchen Umbständen und Anzaigungen beschriben, daß darauß wol zu verstehen, wen er gemeint, soll eine solche Einsatzung auch krafft haben."

---

[1]) Consil. Tubing. Vol. VI cons. 91. Heredis institutio, itemque substitutio, etiam per heredis descriptionem ab officio, artificio aliasque consimiles demonstrationes bene fieri potest.

Imo etiam a debito, quo ipsi testatori devinctus est.

[2]) Quint. Muc. Scaev. l. 73 § 3 de R. J.: Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint: perinde sunt, ac si scripta non essent.

[3]) Wörtlich übereinstimmend: Revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 2 Art. 1.

Kayserl. Land-Gerichts-Ordn. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 42 § 3. „Da auch der Testirer denen, so er zum Erben zu setzen begehret, mit seinem Nahmen nicht nennen, sondern sonsten dermaßen und mit solchen Umständen beschreiben und anzeigen würde, daraus man, wen er gemeynet, wohl abnehmen und verstehen könnte, solch Testament soll auch für kräfftig und recht angenommen und gehalten werden."

Baierisches Land-Recht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 6. „. . . . Soll der Testator den Erben oder was er sonst noch verordnen will, auf eine deutliche und verständliche Weise — benennen . . ."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2081. „Es ist gleich, ob der Erblasser den Bedachten oder den Gegenstand ausdrücklich benannt oder durch Angabe von Merkmalen und Eigenschaften bezeichnet hat . . ."

39. Die aus dem gemeinen Recht[1]) entnommenen, allerdings erheblich modifizirten Bestimmungen über das s. g. mystische Testament[2]) sind für unser Recht ohne alle praktische Bedeutung. Da der betreffende Aufsatz (das relatum) als wesentlicher Theil des Testamentes diesem beigefügt sein muß, so ist gar nicht abzusehen, was damit gewonnen sein soll; denn der Testator, wenn er den Namen des Erben oder Legatars noch geheim halten will, kann ja diesen Zweck durch die gerichtliche Uebergabe seines verschlossenen Testamentes vollkommen erreichen. — Dasselbe gilt von dem mystischen Testamente, wie es das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch im § 582 uns vorführt:

---

[1]) Ulp. l. 10 pr. D. de cond. inst. (28, 7): Institutio talis: „si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto," non est inutilis in quovis herede instituto, praeter filium. Est enim conditionalis institutio; nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est; verum conditionalis est haec institutio, quae testamento data esset. Proinde et si ita scripserit: „Cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto," pari ratione dicendum erit, institutionem valere nullo jure impediente.

Papin. l. 77 D. de her. inst. (28, 5): Asse toto non distributo ita scriptum est: „quem heredem codicillis fecero, heres esto." Titium codicillis heredem instituit; ejus quidem institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur, sed hic tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.

[2]) Vergl. Consil. Tubing. Vol. VII cons. 91. Heres valide instituitur sub ista formula: quem codicillis heredem fecero, vel in charta apud Titium deposita consignavero, ille heres meus esto.

S. Stryk, de caut. test. cap. XVI §§ 22—25. — Mühlenbruch, Fortsf. des Glück'schen Comment. B. 40 S. 205, 206. Fein, desgl. B. 45 S. 117—126. S. 142—146. Windmüller im Archiv für die civilistische Praxis B. 45 S. 355 ff. — Erkenntniß des O.-A.-G. zu Rostock vom 21. September 1848 (Seuffert, Archiv XI Nr. 55).

„Eine Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder auf einen Aufsatz ist nur dann von Wirkung, wenn ein solcher Aufsatz mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen ist . . ." [1])

Wir erhalten alsdann zwei förmliche Testamente, statt eines und fragen vergeblich nach den Vortheilen, die dem Testator dadurch gewährt sein sollen.[2]) Das mystische Testament im Sinne der Römer widerstreitet dem Grundsatze unseres Rechts, wonach die Bezeichnung des Erben gerade das wesentlichste Stück der Erbeinsetzung bildet, und daher an die für die letztere vorgeschriebenen Formen gebunden ist. Es läßt sich daher ein Surrogat dafür nicht schaffen. Was uns als solches in den §§ 47, 48 geboten wird, ist für das Rechtsleben ganz entbehrlich.

---

§ 49. «Der Willkür eines Dritten kann die Ernennung eines Erben oder Legatarii nicht überlassen werden.»

40. Der hier aufgestellte Grundsatz beruht in der Natur einer letztwilligen Verordnung als der nur durch die eigene Willensthätigkeit

---

[1]) Diese Vorschrift stimmt mit dem gedruckten Entwurfe unseres Landrechts überein, welcher im § 35 die Bestimmung enthielt: „Doch muß ein solcher Aufsatz zur Zeit seines Ablebens wirklich vorhanden und mit eben den Erfordernissen der äußeren Glaubwürdigkeit, wie die Disposition selbst, in welcher die Beziehung enthalten ist, versehen sein." S. Bornemann, Systemat. Darst. VI S. 58 f. (2. Ausg.)

Dasselbe gilt auch nach Französischen Recht. Les codes annotés de Sirey (édit. par Gilbert, Paris, 1862) Vol. I p. 380 nr. 15. Est nulle la disposition testamentaire qui ne pourrait être complète que par la stipulation d'un autre acte qui ne serait pas lui même un testament. En d'autres termes, on ne peut tester par relation à un acte non revêtu des formalités testamentaires.

[2]) Eine erleichterte Form, die aber sehr bedenklich erscheint, hat das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen geschaffen, indem dasselbe § 2084 bestimmt: „Der Erblasser kann bei Errichtung des letzten Willens zur Bezeichnung des Bedachten oder des Gegenstandes seiner Verfügung auf eine besondere Schrift verweisen und es bedarf solchenfalls, wenn sich bei seinem Tode eine von ihm eigenhändig geschriebene und eigenhändig mit seinem Familiennamen unterschriebene Schrift findet, in welcher der Bedachte mit dem Familiennamen und wenigstens einem voll ausgeschriebenen Vornamen, und die Erbtheile oder Summen mit Worten angegeben, auch Ort, Jahr und Tag der Abfassung der Schrift beigefügt sind, zu deren Gültigkeit keiner weiteren Form."

des Erblaſſers zu treffende und daher jede Stellvertretung ausſchließende Verfügung über die Nachfolge in ſein Vermögen.[1])

Sintenis prakt. gemein. Civilrecht III § 171: . . Die Willenserklärung des Teſtators muß vor Allem der Ausdruck ſeines eigenen, definitiven und wahren innern Entſchluſſes ſein; denn er tritt gewiſſermaßen als Geſetzgeber auf, und hat alſo dabei ſeine eigene Ueberzeugung vorwalten zu laſſen (Ulp. 21. 24, 1). Dieſes gilt natürlich allgemein für jede letztwillige Verfügung ohne Unterſchied ihres Inhaltes. — Der Wille muß ein beſtimmter und des Teſtators eigener ſein, oder m. a. W., er ſelbſt muß angeordnet haben, ob, wem und was zu Theil werden ſolle. Der Inhalt des Teſtaments nach einer oder allen Beziehungen hin kann alſo weder direct der Willkür eines Andern anheimgegeben, noch von der Zuſtimmung deſſelben abhängig gemacht werden . . .[2])

---

[1]) Vergl. Glück, Comment. B. 33 S. 476—478. B. 34 S. 1—23.

Neuſtetel, Ueber die in den Willen eines Dritten geſtellten Legate (im Archiv für die civil. Praxis III S. 94—100).

W. Sell, Verſuche im Gebiete des Civilrechts II. (Gießen, 1834) S. 279—294.

Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommiſſen Abth. 1 § 31 und Note 12, 13.

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. X S. 912—914.

Brinz, Lehrb. der Pandekten § 180. § 211.

v. Vangerow, Pandekten § 432 Anmerk.

Unger in Goldſchmidt's Zeitſchrift für das geſammte Handelsrecht III. S. 399—406.

Fitting ebendaſ. V S. 144—148.

[2]) Guj. l. 32 pr. D. de her. inst. (28, 5): Illa institutio: „quos Titius volnerit," ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

Pompon. l. 68 eod.: . . . Si quis ita scripserit: „si Titius voluerit, Sempronius heres esto," non valet institutio . . .

Modestin. l. 35 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1): . . . non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: „Si Maevius voluerit, Titio decem do." Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest . . .

Laſſalle, das Weſen des Röm. und German. Erbrechts (Leipz., 1861) S. 167 motivirt jenen Rechtsſatz nach der über das Weſen des Erbrechts von ihm aufgeſtellten Theorie dahin: Da es die eigene Willensſubjectivität des Teſtators iſt, welche im Erben ſich ſelbſt fortſetzt, ſo erfordert gerade die Unbeſchränktheit des Willens die Beſchränkung, daß der Teſtator die Erbeseinſetzung nicht von einem fremden Willen abhängig machen kann, daß er alſo, ebenſo wenig, wie er denjenigen zum Erben einſetzen kann, den ein Dritter wollen wird, einen beſtimmten Erben unter der Bedingung einſetzen kann, daß ihn ein Dritter wollen wird. Denn durch dieſen dritten Willen wäre die geſchloſſene Identität zwiſchen Erblaſſer und

Jener Rechtssatz findet sich daher in den meisten, sowohl älteren als neueren Gesetzbüchern.[1])

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 11 § 4: „So aber einer vor den erforderten Zeugen, oder in einem Schriftlichen Testament sich erklärte, daß derjhenig zu seinem Erben eingesetzt seyn solle, den ein anderer (wer der gleich were) erwählen und benennen würde; Oder gleichwol seinen Erben namhafft machte, aber solche sein Erbensbenennung auff eines andern Ratification oder Willen stellte, das soll für kein kräftige Erbsatzung gehalten werden."

Revidirtes Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 1 Art. 1 § 1: „. . . . Zu dem sol auch ein jegliches Testament nach freyem unbezwungenem Willen des Testirers, und nicht nach Anzeig und Gefallen seiner Freunde oder anderer, gestellet werden: Dann solcher freyer Wille stehet allein in des Testirers einigen Gewalt."

Bairisches Land-Recht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 3. „Ein jeder letzte Wille . . . muß des Disponenten 2do selbsteigener, 3tio vollkommener, 4to wahrer und freyer Wille sein . ." § 5. „Aus dem zweyten Requisit ergiebt sich — daß, obschon in Actibus inter Vivos der Wille auch allerdings dem Arbitrio eines anderen überlassen werden möge, ein solches gleichwohl in ultimis Voluntatibus et Actibus Mortis causa nicht angehe . . ." [2])

Erben nach beiden Seiten zerstört; die Fortsetzung des subjectiven Willens des Erblassers wäre jemand übertragen, der nicht Erbe ist, und der Erbe wäre Träger eines andern als des erblasserischen Willens. Der erblasserische Wille würde sich so setzen und verleugnen zugleich . . .

[1]) Auch das kanonische Recht weicht hiervon nicht ab. Mit Unrecht hat man früher das Gegentheil entnehmen wollen aus der Entscheidung des Papstes Innocenz III. C. 13 X. de testam. et ult. volunt. (3, 26): In secunda quaestione dicimus, quod, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.

Vergl. C. F. Glück, Progr. Innocentius III P. R. in C. 13 X. de testam. juri civili haud derogans, sive de effectu singulari extremae voluntatis in alterius dispositionem commissae. Erlang., 1784.

Vergl. auch Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht IX S. 192 f.

[2]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: Was wir mortis causa disponiren, das muß unser selbst eigner Will seyn, also und dergestalt, daß solcher von dem Willen eines anderen nicht einmal mit-Geschweigens ohne unserer Einverständniß abhangen darf. Daß es unser selbst eigner Will seyn müsse, bringt das Recht der Vernunft schon mit sich . . . worin sich auch eben widerum inter pacta et ultimas voluntates eine notable Differenz bezeigt, indem das arbitrium alienum bey jenen nicht so, wie bey diesen ausgeschlossen ist. Die Jura seynd überhaupt in letztwilligen Dispositionen weit häklicher als in anderen Handlungen, einfolglich muß man sich auch über diesen Unterschied nicht bewundern, etsi enim in omnibus actibus requiratur enixa voluntas, nullibi tamen magis quam in ultimis voluntatibus ad praecavendas fraudes,

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 564. „Der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen; er kann dessen Ernennung nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen.“ [1])

Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Großh. Hessen (1845) Abth. 3 Art. 51. „Die letztwillige Verfügung ist auch ungültig, wenn der Erblasser die Ernennung der Person, zu deren Vortheile sie gereichen soll, oder die Bestimmung des Erbtheils des zur Erbfolge Berufenen, dem Gutdünken eines Dritten überlassen hat . . .“ [2])

Nur das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen entscheidet sich für das Gegentheil, indem dasselbe bestimmt:

§ 2086. „Der Erblasser kann die Person des Bedachten oder den Gegenstand seiner Verfügung von dem Willen eines oder mehrerer bestimmten Dritten abhängig machen.“ [3])

---

hinc vaga vel generalis prout ea, quae in arbitrium alienum collata est, non sufficit, sed expressa et specifica testatoris voluntas desideratur. Elberfeld de ultima voluntate in arbitrium alienum collata c. 2 § 2.

[1]) Uebereinstimmend mit dem Westgalicischen Gesetzb. II § 357: „Der Erblasser darf in keinem Falle die Ernennung seines Erben dem Ausspruch eines Dritten überlassen. Er muß selbst eine bestimmte Person zum Erben einsetzen. Allein er kann seinem Erben eine Bedingung machen, deren Erfüllung von der Willkür eines Dritten abhängt.“ Unger, Erbrecht S. 61 Note 4.

[2]) Motive (S. 40, 41): Das Gesetz will, daß der Erblasser bei seinen Dispositionen zum Vortheile gewisser Personen von *seinem* Wohlwollen gegen diese Personen, von seiner *eigenen* Ueberzeugung der Würdigkeit derselben geleitet werde. Es erlaubt dem Erblasser, letztwillig zu verfügen, weil es bei *ihm* voraussetzt, daß er ein Interesse nehme an dem, was das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode sein werde, weil es bei *ihm* unterstellt, daß die Beziehungen, in welchen er zu seinen gesetzlichen Erben steht, ihm nicht erlauben, ohne wichtige Gründe von der gesetzlichen und gewöhnlichen Erbfolge abzugehen, weil es endlich ihm, als Eigenthümer, die Begünstigung zuwenden will, zweckmäßige Verwendungen seines Vermögens auch über die Dauer seines Lebens hinaus anzuordnen. Das Recht, letztwillig zu verfügen, ist deswegen ein an die Person des Erblassers geknüpftes Recht und darf sich nur als solches offenbaren. Dies geschieht aber nicht, wenn der Erblasser die wichtigsten Bestimmungen, die er auf den Todesfall treffen kann, die Ernennung der Personen, welche von ihm bedacht werden sollen, und die Festsetzung der Erbquoten *lediglich* einem fremden Willen überläßt. Er verräth dadurch, daß er über diese wichtigsten Punkte keinen, oder wenigstens keinen entschiedenen Willen hat, oder er legt eine Gleichgültigkeit an den Tag, die den Zwecken ganz entgegen ist, zu welchen das Gesetz ihm das Recht, letztwillig zu verfügen, verleiht.

[3]) Dagegen verordnet dasselbe, übereinstimmend mit dem gemeinen Recht, im § 2124. „Eine letztwillige Verfügung, welche von dem bloßen Wollen des dadurch Beschwerten abhängig gemacht wird, ist nichtig. Dagegen kann die

§ 2087. „Der letzte Wille iſt, wenn der Erblaſſer die Beſtimmung der Perſon des Bedachten oder des Gegenſtandes ſeiner Verfügung dem Ausſpruche eines beſtimmten Dritten überläßt, durch dieſen Ausſpruch bedingt und fällt weg, wenn der Dritte ſich nicht erklären kann oder will. Iſt die Beſtimmung der Perſon des Bedachten oder der Gegenſtand der letztwilligen Verfügung auf den Ausſpruch mehrerer beſtimmten Dritten geſtellt, ſo entſcheidet nur eine übereinſtimmende Erklärung Aller u. die letztwillige Verfügung fällt weg, wenn eine ſolche nicht erfolgt."

41. Der oben gedachte Grundſatz, wie ihn der § 49 in ſeiner Reinheit aufſtellt, läßt jedoch Modifikationen zu, die mit ihm wohl verträglich ſind.

a. Die Ernennung eines Erben oder Legatars geſchieht rechtsgültig unter einer Bedingung, die lediglich von der Willkürhandlung eines Dritten abhängt.

Modestin. l. 52 D. de cond. et dem. (35, 1): Non nunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: „Titio decem do lego, si Maevius capitolium ascenderit." Nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an capitolium ascendat, et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: „Si Maevius voluerit, Titio decem do." Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.

Pompon. l. 68 D. de her. inst. (28, 5): Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: „si Titius in capitolium ascenserit," quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis haec institutio . . .

Paul. l. 3 D. de leg. 2: Si ita legetur: „heres dare damnas esto, si in capitolium non ascenderit," utile legatum est, quamvis in potestate ejus sit, ascendere vel non ascendere.

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 699. „Sind die Bedingungen möglich und erlaubt, ſo kann das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden, ſie mögen vom Zufalle, von dem Willen des bedachten Erben, Legatars, oder eines Dritten abhangen."

b. Die Entrichtung eines Vermächtniſſes kann gültiger Weiſe von dem vernünftigen Ermeſſen des Erben oder eines Dritten abhängig gemacht werden.

Ulp. l. 1 § 1 D. de leg. 2: Sed quum ita legatum sit pupillo

Bedingung eine äußere Handlung des Beſchwerten zum Gegenſtande haben, obſchon die Handlung von deſſen Willkür abhängt."

sive pupillae: „arbitrio tutorum,“ neque conditio inest legato, neque mora; quum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. Quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod injectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus scilicet patrimonii?

Id. l. 75 pr. D. de leg. 1: Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum: „si aestimaverit heres, si comprobaverit, si justum putaverit,“ et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.

Ulp. l. 11 § 7 D. de leg. 3: Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur: „si volueris,“ tamen si ita adscriptum fuerit: „si fueris arbitratus, si putaveris, si aestimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur,“ debebitur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.[1])

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2089. „Hat der Erblasser die Bestimmung des Gegenstandes seiner letztwilligen Verfügung auf das Ermessen des Bedachten oder des Beschwerten gestellt, so ist anzunehmen, daß das billige Ermessen gemeint sei, und Derjenige, dessen Ermessen entscheiden soll, ist verbunden, die Erklärung abzugeben.“[2])

c. Ebenso ist die Verordnung gültig, wonach der Erblasser, welcher einer unter mehreren genau bezeichneten Personen eine bestimmte Zuwendung machen will, die Auswahl dieser Person einem Dritten überläßt.

Erkenntniß des L.-G. zu Wolfenbüttel vom 22. December 1831: Der Erblasser ist berechtigt, die Regulirung der Nachfolge und die Vertheilung des Nachlasses unter seine Erben einem Andern zu übertragen. Dieserhalb und da die Bestimmung eines Anerben in einem Meierhofe an sich an keine besonderen Förmlichkeiten gebunden, auch als letztwillige Verfügung der amtlichen Bestätigung nicht unterworfen ist, so ist eine Verfügung, durch welche ein Hofbesitzer in Gegenwart von Zeugen seiner Frau die Befugniß ertheilt hat, den künftigen Anerben des Sohnes unter den mehreren Söhnen zu ernennen, für rechtsbeständig erklärt und demzufolge der Hof demjenigen der Söhne, welchem die Mutter denselben im Beisein mehrerer Zeugen zugetheilt hatte, zuzusprechen. (Matthiä, Controversen-Lexicon B. II Abth. 2 S. 161.)[3])

[1]) Vergl. das Respons. der Wittenberger Jur. Facultät vom November 1703 bei Berger, oec. jur. Lib. II tit. IV c. 28 nota 4.

[2]) Vergl. das Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 25. Juni 1858 über die Befugniß eines Testators, die Verabfolgung oder Entziehung eines bedingten Legats in das freie Ermessen der von ihm ernannten Testamentsvollstrecker zu stellen (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 39 S. 79 f.).

[3]) Einen ähnlichen Rechtsfall entscheidet in gleicher Weise unser Ob.-Trib. in dem Erkenntnisse vom 17. Juli 1857 (Striethorst, Archiv B. 26 S. 142 f.). Es waren hier von Eheleuten ihre sämmtlichen Kinder zu Erben eingesetzt

Erkenntniß des Ober-Trib. zu Berlin vom 16. Juli 1862: Es iſt zuläßig, wenn in einem Erbvertrage zwiſchen Eheleuten der eine Ehegatte den Erben des andern ein Legat vermacht und dem Letzteren zugleich die Befugniß einräumt, den- oder diejenigen ſeiner Erben zu beſtimmen, welchen das Legat ganz oder theilweiſe zufallen ſolle. (Striethorſt, Archiv B. 47 S. 13 f.)

Erkenntniß des oberſten Gerichtshofes zu Wien vom 6. Oktober 1863: In einem Teſtamente d. d. Wien 29. December 1854 war Folgendes angeordnet: „Zwölftens ernenne ich zu Univerſalerben dreißig hieſige, ihr Gewerbe noch betreibende, redliche, fleißige, gut patriotiſch geſinnte und von der k. k. Stadthauptmannſchaft für die würdigſten erkannten verunglückten Bürger, welche den Reſt meines Vermögens in 30 gleichen Theilen zu erhalten haben." Dieſe Verordnung iſt in allen Inſtanzen für rechtsbeſtändig erklärt worden. Denn — ſo wird in den Motiven des oberſten Gerichtshofes geſagt — nach § 559 a. b. G. B. konnte der Erblaſſer eine Verſammlung z. B. die Armen, alſo eine gewiſſe Klaſſe von Leuten zu Erben einſetzen; er konnte zweifelsohne auch Beſchränkungen beifügen, etwa auf die Armen dieſer oder jener Pfarre; und ſeine Verfügung würde giltig ſein, obſchon ſein Vermögen, rückſichtlich die Erbſchaft, dann nicht mehr von ihm, ſondern von den Verwaltern des Armen-Inſtitutes an einzelne Individuen vertheilt werden würde. Der § 564 b. G. B. bezweckt ohne Zweifel nur, den Erblaſſer vor der Täuſchung zu bewahren, daß der Dritte, dem er volles Vertrauen ſchenkte, dieſes mißbrauchen, und den Nachlaß ſolchen Perſonen — etwa mittelbar ſich ſelbſt — zuwenden könnte, welche der Teſtator nicht bedacht haben wollte. Es iſt daher der § 564, wenn man nicht den § 559 ganz oder wenigſtens theilweiſe unwirkſam machen will, dahin zu verſtehen, daß der Erblaſſer allerdings eine Verſammlung, und aus ſelber eine näher bezeichnete Kategorie,

---

und den ernannten Vormündern die Befugniß ertheilt worden, dasjenige Kind auszuwählen, welches als Haupterbe gegen beſtimmte Abfindung ſeiner Geſchwiſter das geſammte Vermögen übernehmen ſollte. Dieſe letztwillige Verfügung iſt, als gegen den § 49 d. T. nicht verſtoßend, aufrecht erhalten.

Vergl. auch Muelleri addit. ad Struv. syntag. jur. civ. Exerc. 33 th. 8 nota β: ... nota I. Si arbitrium fuerit ad certum genus personarum restrictum, v. gr.: quem Titius voluerit, ex cognatis ejus, v. gr.: Zu meinem Erben (ait Sempronius testator) ſetze ich ein von meiner Schweſter Töchtern dieſelbe, welche meine Frau von denenſelben dazu erwählen wird; admittendam putant ejusmodi institutionem, arg. l. 24 de leg. 2 l. 2. 7 § 1 de reb. dub., et ita pronunciasse J.C.tos Francofurtanos testatur Hopp de jur. impersonal. c. 3 th. 5.

S. Stryk, de caut. test. cap. XVI § 27. ... Ex certis personis electio (heredis) committi poterit tertio, quia hoc in casu in alterius voluntatem non confertur principalis testamenti dispositio; sed tantum alteri committitur electio. —

Vergl. dagegen Arndts in Weiske's Rechtslex. III S. 920, welcher es auch nach röm. Recht für unzuläßig hält, einem Dritten zu überlaſſen, den ernannten Erben ihre Erbtheile beliebig zu beſtimmen.

zu Erben einsetzen, die Benennung der Personen daraus zwar nicht einer dritten Privat-Person, wohl aber einer Behörde überlassen kann, welche eigentlich nur den Ausspruch macht, ob und welche Personen die in der letztwilligen Anordnung bestimmten Eigenschaften besitzen. Es läßt sich ferner nicht absehen, warum die Behörde zu gedachtem Ausspruche berechtigt sein sollte, wenn J. B. Fuchs sein Vermögen zu einer immerwährenden Stiftung für 30 solche Bürger gewidmet hätte, wo sie Jene doch bestimmen würde, die in den Interessengenuß treten sollen, und warum ihr andererseits diese Befugniß nicht zustünde, weil nicht die Interessen auf immerwährende Zeiten, daher in einem weit höheren Betrage als das Capital selbst, sondern Letzteres den so bezeichneten 30 Bürgern zugedacht wurde.[1]) (Allgem. österreich. Gerichts-Zeit. 1863 Nr. 143.)

---

[1]) In den Gründen des Erkenntnisses 1. Instanz vom 15. März 1863 war gesagt:

Nach § 564 a. b. G. B. muß der Erblasser den Erben selbst einsetzen: er kann dessen Ernennung nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen. Ungiltig ist daher eine letztwillige Anordnung, welche die Ernennung des Erben ganz in die Willkür eines Dritten stellt; oder die es seiner Willkür überläßt, ob er eine bestimmte bezeichnete Person oder welche aus mehreren vom Erblasser bezeichneten Personen er als Erben berufen wolle. In allen diesen Fällen erklärt nämlich der Erblasser: er wolle den zum Erben, welchen der Dritte will, es wäre also zunächst der Wille des Dritten und nicht der eigene und selbstständige Wille des Erblassers, wodurch der Erbe berufen wird. Es ist aber nicht erforderlich, daß im Testamente der Erbe mit Namen genannt werde, wenn der Erbe nur durch die Angabe des Verhältnisses, in dem er sich befindet, so bezeichnet wird, daß über seine Individualität kein Zweifel entstehen kann; ebenso kann eine zur Zeit noch unbestimmte Person instituirt, und die Wirksamkeit der Erbseinsetzung von einer möglichen und erlaubten Bedingung, selbst wenn deren Erfüllung in die bloße Willkür eines Dritten gestellt ist, abhängig gemacht werden. (§ 699 a. b. G. B.) Solche Fälle, in welchen die berechtigte Person nicht unmittelbar, sondern mittelbar bestimmt wird, gibt es innerhalb der Sphäre des Privatrechtes mehrere und es ist insbesondere bei Testamenten die Erbseinsetzung einer persona incerta, d. h. einer solchen, die zur Zeit noch unbestimmt ist, später aber durch den Eintritt gewisser Voraussetzungen eine persona certa wird, — ein derartiger Fall.

Aus der Anwendung des Gesagten ergibt sich auch die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites. Joh. Bapt. Fuchs hat in seinem Testamente vom 29. December 1844 verfügt: 12. Ernenne ich zum Universalerben ꝛc. Es ist dieß die Erbseinsetzung unbestimmter Personen. Joh. Fuchs, der Erblasser, hat es keineswegs in das Wollen der Stadthauptmannschaft gestellt, Erben zu seinem Nachlasse einzusetzen, zu ernennen oder auch nur zu benennen. Nach dem Wortlaute, wie nach dem Geiste des Testamentsabsatzes 12 hat die Behörde nur zu erkennen, welche von den ihr Gewerbe noch be-

Hierher gehört auch das ſubjectiv-alternative Vermächtniß oder Fideicommiß.

Celsus l. 16 D. de leg. 2: Si Titio aut Sejo, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.

Pompon. l. 21 § 1 D. de statulib. (40, 7): Pactumejus Clemens ajebat, si ita sit fideicommissum relictum: „cui eorum voles, rogo restituas," si nullum elegisset, cui restitueret, omnibus deberi, Imperatorem Antoninum constituisse.[1])

Bürgerl. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2091. „Soll aus mehreren zugleich benannten Perſonen der Bedachte von einem Dritten oder von meh-

---

treibenden, redlichen, fleißigen, gut patriotiſch geſinnten und verunglückten Wiener Bürgern die 30 würdigſten ſind; d. h. ſie hat nach vorausgegangener Erhebung, Prüfung und Erwägung aller Umſtände aus allen jenen Wiener Bürgern, welche die bedungene Qualification beſitzen, jene 30 zu bezeichnen, bei welchen dieſe Eigenſchaften im relativ höchſten Grade vorhanden ſind. Der von der Stadthauptmannſchaft zu fällende Ausſpruch iſt und ſoll und darf kein Act der Willkür ſein; er iſt auch keine Auswahl, denn wo von einer Wahl die Rede ſein ſoll, muß dem ſubjectiven Wollen und Belieben ein, wenn auch noch ſo begrenzter Spielraum bleiben, während hier die Behörde nicht nach ſubjectivem Ermeſſen handeln darf, ſondern das objective Vorhandenſein gewiſſer thatſächlicher Vorausſetzungen conſtatiren ſoll. Dadurch aber, daß bei 30 Bürgern das Vorhandenſein der vom Teſtator beſtimmt bezeichneten Eigenſchaften und Qualificationen nachgewieſen wird, werden ſie personae certae, und erwerben den ihnen zugedachten Erbtheil.

[1]) Vergl. Gaj. l. 7 § 1 D. de reb. dub. (34, 5): Quum quidam, pluribus heredibus institutis, unius fidei commisisset, ut quum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quae ad eum pervenisset, verissimum est, utile esse fideicommissum; nec enim in arbitrio ejus, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat. Plurimum enim interest, utrum in potestate ejus, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat.

Papin. l. 77 § 25 D. de leg. 2: „Rogo, filia, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit." Videtur omnibus liberis, etsi non aequaliter meruerint, fideicommissum relictum; quibus matris electione cessante sufficiet, si non offenderint, eos autem, quos mater elegerit, fore potiores, si soli promeruissent, existimari. Quodsi neminem elegerit, eos solos non admitti, qui offenderunt.

Aehnliche Entſcheidungen enthalten auch l. 24 D. de leg. 2. l. 67 § 7 eod l. 77 § 4 eod.

reren Dritten gewählt werden, so sind, wenn die Wahl nicht erfolgt, jene Personen sämmtlich als Bedachte zu betrachten."

Entw. eines bürg. Gesetzb. für das Großh. Hessen Abth. 3 Art. 51. „. . . . Es ist verstattet, dem mit einem Vermächtnisse Beschwerten zu überlassen, welcher von mehreren ernannten Personen er das Vermächtniß entrichten und wie er dasselbe unter den Mehreren vertheilen will."

Von Substitutionen.

§ 50. «Der Erblasser kann in seinem Testamente, außer dem ersten Erben, auch den, welcher in bestimmten Fällen an dessen Stelle treten soll, ernennen.»

§ 51. «Setzt er fest, wie es gehalten werden solle, wenn der erst eingesetzte Erbe oder Legatarius den ihm zugedachten Vortheil nicht annehmen könnte oder wollte, so wird dieses eine gemeine Substitution genannt.» [1])

42. pr. J. de vulg. subst. (2, 15): Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta: „Si ille heres non erit, ille heres esto," et deinceps in quantum velit testator substituere . . . § 1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt.

Modestin. l. 1 pr. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6): Heredes aut instituti dicuntur, aut substituti; instituti primo gradu, sub-

---

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Comment. B. 40 S. 248 f.

Arndts in Weiske's Rechtslexicon X. S. 654 f.

Ueber die Natur des Rechtsinstitutes der Substitution überhaupt, sagt v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 3 p. 1058, 59: In substantia mag man substitutionem mit eben dem Fug, wie institutionem ad Jus naturale rechnen, quoad modum aber ist sie nichts anders als eine Römische Rechts-Geburt. Hunc enim (schreibt Titius ad Lauterbach obs. 871) lex civilis varie circumscripsit et multis subtilitatibus auxit. Es zeigen sich keine Spuren, daß sie bey uns Deutschen schon in primo et medio aevo bekannt gewest sey. Schmidt Jus Germ. p. 570 und es will sogar der dermahlige Gebrauch von vielen großen Jure consultis insonderheit von Wesenbez und anderen noch in Zweifl gezohen werden, allein obschon derselbe eben nicht gar so frequent, wie bey den Römern, mehr seyn mag, so hat er doch deswegen noch nicht völligen Abschied erlangt, und kann also diese Materie nicht wohl entbährt werden.

stituti secundo vel tertio. § 1 . . . veluti: „Lucius Titius heres esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Sejus mihi esto“ . . .[1])

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 35. „Nachdem ſich auch oftmahlen zuträgt, daß der eingeſetzte Erbe vor dem Testatore verſtirbet, oder die Erbſchaft nicht annehmen will oder kann; ſo iſt einer jeglichen testirenden Perſon erlaubt und zugelaſſen, ſeinem eingeſetzten Erben einen oder mehrere Nach-erben zu ſetzen und zu verordnen, doch auf gewiſſe Maße und Fälle, wie ſolches die allgemeine beſchriebene Kaiſerl. Rechte ferner ausweiſen und verordnen.“

Erneuerte Frankfurt. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 4 §. 1: „. . . . So ordnen die Recht, daß er Testator, es ſeye gleich Manns oder FrauenPerſon, ſeinem ernennten und eingeſetzten Erben auff den Fall derſelbig die vermachte Erbſchafft nicht erleben, oder ſonſt nicht annemmen wolte, oder könnte, eine andere Perſon, ſo ihme gefällig, Subſtituiren, underſetzen

[1]) Donell. com. de jure civ. Lib. VI cap. 23 § 2. Substituere heredem est, in prioris heredis instituti remoti locum alium heredem statuere. Vel plenius, est instituere heredem, qui, priore instituto remoto, ejus locum subeat, voceturque ad hereditatem . . . Quod ergo haec definitio indicat, tria sunt, quae substitutionem et substitutum faciunt: institutio heredis, institutio, qua instituatur hic heres secundo post primum loco; tum haec ipsa institutio sub conditione, si primus heres remotus fuerit: quae hac definitione comprehensa licet observa. § 3. Jam primum hoc recte dicitur, substituere est statuere seu instituere heredem. Nam et omnis substitutio institutio est. Unde substitutio dicta secundi heredis institutio (l. 43 § 2 D. h. t.) . . . Ut institutio genus sit ad omnes pertinens, non solum qui primo gradu, sed et qui secundo statuuntur heredes: hujus generis species substitutio, de iis, qui secundo loco, seu in priorem locum subrogantur . . . § 4. Jam substitutio, ut institutionis species est, ita non est quaevis institutio. Adde igitur secundum illud proprium hujus speciei, ut sit institutio ea, qua quis secundo loco post primum heres instituitur . . . Itaque in omni substitutione heredis, quae fiat testamento, semper duo sunt heredes: unus primo loco instituitur, alter secundo, et is est substitutus . . . § 6. . . Tertium est, quod diximus, substitutionem omnem esse institutionem conditionalem, neque hanc tamen, quae fiat sub omni conditione, sed eam qua instituatur heres sub conditione, si primus heres remotus fuerit: ut sic hoc remoto fiat locus ei, qui in remoti locum substituitur.

Mühlenbruch, Fortſetz. des Glück'ſchen Comment. B. 40 S. 259, 260: Jede Subſtitution enthält eine bedingte Erbeinſetzung; bei der Vulgarſubſtitution iſt die Bedingung der Succeſſion die, daß ein früher ernannter Erbe nicht ſuccediren würde, weshalb ſie in unſern Quellen auch ſo umſchrieben wird: plures gradus heredum facere vel scribere. Der erſte Erbe iſt daher primo gradu scriptus, der Subſtitut secundo gradu scriptus. Die Subſtitution heißt vulgaris, weil ſie von jedem Teſtirer verfügt werden kann, im Gegenſatze der pupillaris, welche nur dem Vater kraft väterlicher Gewalt zuſteht.

und zum Nacherben machen möge, Welcher auch, wann sich der Fall mit dem ersten Erben, in maßen vorgemeldt, zutrüge, gleiche Erbgerechtigkeit hat, als derselbig, wann er es erlebt hette, haben mögen."

§ 2. „Weren auch der eingesetzten Erben mehr als einer, so mag der Testator, obgehörter maßen, entweder dieselben einander Substituiren, und undersetzen, Oder aber, ob er will, ihre jeden einen besondern Nacherben orden, welcher an desselben statt succediren solle."

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 12 § 2. „Es mag auch einer seine eingesetzte Erben einander vulgariter substituiren oder nachsetzen; Oder aber andere von neuem benennen. Und geschieht dasselbig in vilerley weiß und weg, indem etwa vilen einer allein, oder etwa vil oder wenig einem allein, substituirt und nachgesetzt werden." [1])

Oesterr. bürg. Gesetzbuch § 604. „Jeder Erblasser kann für den Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlanget, Einen; und wenn auch dieser sie nicht erlanget, einen zweyten, und im gleichen Falle einen dritten, oder auch noch mehrere Nacherben[2]) berufen. Diese Anordnung heißt eine gemeine Substitution. Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe."

Bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2187. „Ein Erblasser kann in seinem letzten Willen für den Fall, daß die berufenen Erben die Erbschaft nicht antreten können oder wollen, Andere an deren Stelle zu Erben, Nacherben, ernennen. Auf die Nacherbeinsetzung finden, soweit nicht etwas Anderes bestimmt ist, die Vorschriften über die Erbeinsetzung Anwendung."

Privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2077. „Der Testator kann auch für den Fall, daß ein gesetzlicher oder im Testamente eingesetzter Erbe sein Erbe *nicht* wird, einen Andern als *Erben substituiren*." [3])

---

[1]) Der sehr umständlich gefaßte § 1 gibt zur Verdeutlichung der verschiedenen Grade der Substitution mehrere auf das Verständniß des gemeinen Mannes berechnete Beispiele.

Vergl. Kaiserl. Land-Gerichts-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. Francken Th. III Tit. 44. „Wie einer seinen eingesetzten Erben einen oder mehr Nach-Erben setzen möge."

Ausführliche Bestimmungen über die Vulgarsubstitution, die aber sämmtlich aus dem röm. Recht entnommen sind, enthält auch das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 19. „Von Aster-Erbeinsetzungen, (Substitutionibus), insonderheit de vulgari."

[2]) Ueber diesen Ausdruck s. *Unger*, das österr. Erbrecht § 19 Note 3. Die in älteren Partikularrechten gebrauchte Bezeichnung „Aftererbe" ist noch unpassender, da der Substitut, wenn er zur Erbschaft gelangt, *wahrer Erbe* ist. Auch der Ausdruck „Erbstellvertreter" ist nicht zu billigen, da er der selbständigen Stellung des Substituten nicht entspricht.

[3]) In dem Entwurf hieß es: „als Nacherben substituiren." Der Ausdruck Nacherbe wurde aber auf dem fideikommissarischen Nacherben (§ 2078) beschränkt.

Nach allen diesen positiv-rechtlichen Bestimmungen charakterisirt sich die Vulgarsubstitution als eine wahre Erbeinsetzung und zwar als eine solche, die unter der aufschiebenden Bedingung geschieht, daß der zunächst berufene Erbe nicht Erbe werden sollte. Dieselbe unterliegt daher den Grundsätzen über Erbeinsetzung überhaupt, so wie den Grundsätzen über bedingte Erbeinsetzung im Besonderen. Der Vulgarsubstitut als heres secundus rückt, wenn er durch den Eintritt jener Bedingung zur Erbfolge gelangt, an die Stelle des heres primus, aber nicht als dessen Rechtsnachfolger, sondern als unmittelbarer Repräsentant des Erblassers. Durch das Ausscheiden des zunächst Berufenen ist nur das Hinderniß beseitigt, welches dem unmittelbaren Anfalle der Erbschaft an den Substituten entgegenstand. Letzterer ist nunmehr, soweit die Substitution reicht, der allein berufene Erbe.

---

§ 52. «Wenngleich die im Testamente enthaltene gemeine Substitution nur auf den Fall gerichtet ist, daß der erst eingesetzte Erbe nicht Erbe sein könnte, so ist doch darunter auch der Fall, wenn er nicht Erbe sein wollte, und umgekehrt, zu verstehen.»

43. Diese Vorschrift, die eine bloße Auslegungsregel enthält und daher eine reine quaestio voluntatis,[1]) unter Aufstellung einer Rechtspräsumtion, entscheidet, stimmt mit der älteren Doctrin überein,[2]) die jedoch von neueren Rechtslehrern als unhaltbar bezeichnet wird.[3])

---

[1]) S. Stryk, Us. mod. Pand. Lib. XXVIII. tit. 6 § 3: Verum cum haec quaestio non tam sit juris, quam facti, ex praesumta voluntate testatoris colligendum est, utrum in utrumque, an vero tantum in expressum casum substituere voluerit.

[2]) Struv, synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 13.
Pufendorf, observ. jur. univ. II obs. 98.
S. Stryk, de caut. test. cap. 18 membr. I § 9.
Berger, oecon. jur. Lib. II tit. IV cap. 18 nota 3.
Vergl. auch v. Holzschuher, Theorie und Casuistik II. Abth. 1 S. 616 und die übrigen daselbst angeführten Schriftsteller.

[3]) Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Comment. B. 40 S. 301—307. Die ältere Ansicht vertheidigen dagegen: Mayer, die Lehre von dem Erbrecht Th. 1 (Berlin, 1840) § 35 Note 2. Sintenis, prakt. gemeines Civilrecht III. S. 440 Note 7. Seuffert, Pandektenrecht § 542 Nr. 3.

Gleich unſerem Landrechte, folgen der älteren Jurisprudenz:

das Baieriſche Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 19: „... Es iſt aber 1mo vulgaris substitutio nichts anders, als wenn dem eingeſetzten Erben in Casum Noluntatis vel Impotentiae, das iſt, auf den Fall, da er nicht Erbe ſeyn will oder kann, eventualiter ein anderer ſubſtituirt wird . . . Dafern nun 4to der Teſtator von jetztverſtandenen beeden Fällen nur einen allein exprimirt, ſo iſt nichts deſtoweniger der andere allezeit ſtillſchweigend darunter verſtanden" . . .[1])

das bürg. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2189. „Wer für einen der beiden Fälle, daß der Erbe die Erbſchaft nicht antreten kann, oder daß er ſie nicht antreten will, zum Nacherben ernannt iſt, gilt im Zweifel für beide Fälle als ernannt."[2])

Abweichend davon beſtimmt:

das Oeſterreich. bürg. Geſetzb. § 605. „Hat der Erblaſſer aus den beſtimmten Fällen, daß der ernannte Erbe nicht Erbe ſeyn kann, oder, daß er nicht Erbe ſeyn will, nur Einen ausgedrückt, ſo iſt der andere Fall ausgeſchloſſen."[3])

---

§ 53. «Eine fideicommiſſariſche Subſtitution iſt vorhanden, wenn dem zuerſt eingeſetzten Erben oder Legatario die Pflicht auferlegt worden, die Erbſchaft oder das Vermächtniß in den beſtimmten Fällen, oder unter den angegebenen Bedingungen, einem Anderen zu überliefern.»

44. Dieſe Begriffsbeſtimmung ſchließt ſich ihrer Wortfaſſung

---

[1]) v. Kreittmayr, p. 1060 bemerkt dazu: Communior opinio, welcher auch unſer Codex Nr. 4 beipflichtet, läßt die Extension de uno casu ad alterum zu. Testator muß ſich alſo auf den Fall, wann er ſeine Substitution nur ad unum casum eingeſchränkt wiſſen will, deutlich darüber expliciren, damit nicht widrigenfalls obige Extension gegen ſeine Meinung Platz griffe.

[2]) Siebenhaar in ſeinem Commentar bemerkt dazu: In dieſem § iſt die richtige ältere Anſicht angenommen worden, daß die Nacherbeinſetzung im Zweifel ſowohl für den ſ. g. casus noluntatis, als auch für den ſ. g. casus impotentiae gilt. Zwar hat man in neuerer Zeit behauptet, es laſſe ſich gar keine Präſumtion aufſtellen, ſondern es ſei die ganze Frage eine bloße quaestio facti. Allein damit dürfte die Sache nicht erſchöpft ſein, weil immer wieder die Frage entſteht, was gelten ſoll, wenn eben die vorliegenden Verhältniſſe keinen Aufſchluß über den Willen des Erblaſſers geben, und eben bloß hierauf bezieht ſich der gegenwärtige §.

[3]) So auch der Großh. Heſſiſche Entwurf Th. I Art. 155. „Hat der Erblaſſer eine Erbſtellvertretung angeordnet und dabei von den beiden Fällen, daß der

nach genau an das röm. Recht an,[1]) hat aber im Sinne unſeres Landrechts eine weſentlich andere Bedeutung als nach römiſchem Recht. Letzteres, ſtreng an dem Grundſatze feſthaltend: semel heres semper heres, mußte auch nach der Reſtitution der Erbſchaft den Fiduciar als wahren und alleinigen Erben betrachten[2]) und bedurfte daher beſonderer Rechtshülfen (S. C. Trebellianum, S. C. Pegasianum), um die Vortheile und Nachtheile der Erbſchaft vom Fiduciar-Erben auf den Fideicommiſſar zu übertragen und Letzteren auf dieſe Weiſe in die Stellung eines Erben (heredis loco) zu bringen.[3]) Unſer Landrecht gelangt auf kürzerem Wege zu dieſem Ziele, indem es jenen Grundſatz: semel heres semper heres geradezu durchbricht, alſo ihn nicht zu umgehen braucht. Daſſelbe geſtattet ausdrücklich die Erbeinſetzung von einer gewiſſen Zeit an, oder bis zu einer gewiſſen Zeit,[4]) desgleichen die Erbeinſetzung „unter einer auflöſenden Bedingung“[5]) und betrachtet eine ſolche Ver-

---

Erbe die Erbſchaft nicht annehmen kann oder nicht annehmen will, nur Einen ausgedrückt, ſo wird angenommen, daß der Erbſtellvertreter nur für den ausgedrückten Fall ernannt worden ſei.“

[1]) § 2. J. de fideicom. her. (2, 23): Inprimis igitur scieudum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres, instituitur. Cum igitur aliquis scripserit: „Lucius Titius heres esto“ potest adjicere: rogo te, Luci Titi, ut, quum primum possis hereditatem meam adire, eam Gajo Sejo reddas, restituas.“ Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

§ 8. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere, au ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatus sit.

[2]) § 3 J. l. c.: Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet: is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur. Paul. l. 5 § 1 D. quod eum eo (14, 5): ... effectu quodammodo heres est.

Laſſalle, das Weſen des Röm. und German. Erbrechts S. 121: Die fideicommiſſariſche Erbſchaft beſteht darin, daß Jemand zum Erben eingeſetzt wird, der nicht materiell bedacht werden ſoll (der Fiduciar), und ihm, auf Grund jener Willensidentität, die den Erblaſſer ja befähigt, über die Willenshandlungen des Erben zu verfügen, aufgegeben wird, einem anderen materiell zu Bedenkenden, der aber nicht Erbe wird, das Materielle der Erbſchaft auszuhändigen.

[3]) Gajus II § 253 ... Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit. § 4. 5. J. l. c.

[4]) §§ 259, 260, 486 d. T.

[5]) § 489 d. T.

ordnung als eine fideicommissarische Substitution. Diese ist daher im Sinne unseres Rechts nichts anderes als die Berufung successiver Erben.[1]) Sie ist, gleich der Vulgarsubstitution, eine wirkliche Erbeinsetzung und zwar die Einsetzung eines zweiten Erben an die Stelle des ersten; aber der zweite Erbe ist hier ein eigentlicher Nacherbe — er ist nicht berufen, unter der Bedingung, daß der Erste nicht Erbe werden sollte, sondern für den Fall, daß der Erbe (der Vorerbe) aufgehört hat, Erbe zu sein. Hieraus ergibt sich von selbst, daß der Ausdruck „Fideicommiß," „fideicommissarische Substitution" für unser heutiges Recht gar nicht mehr paßt und nur gewohnheitsmäßig beibehalten worden ist. Der Fiduciarerbe ist kein Vertrauensmann („Treuhänder"), welcher als Mittelsperson die gehörige „Ueberlieferung" der Erbschaft an den Fideicommissar, als eine ihm persönlich auferlegte und vom Gesetz für erzwingbar erklärte Pflicht, zu bewerkstelligen hat.[2]) Mit dem Eintritte des Restitutionsfalles ist sein ganzes Recht an der Erbschaft erloschen. Das eventuelle Erbrecht des Fideicommissars hat sich jetzt verwirklicht. Ihm, als dem nunmehrigen Herrn der Erbschaft, muß daher Jener ohne Weiteres weichen.

Diese Auffassung ist auch von neueren Gesetzgebungen, als die dem heutigen Recht entsprechende anerkannt worden.[3])

---

[1]) Vergl. die Abhandlung Wienstein's in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts" VIII. (1864) S. 306 f.

[2]) Gegen das ganze Institut erklärt sich deshalb v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III p. 1222: „Ueberhaupt seynd fideicommissa in ihrem allererſten Ursprung nicht gar rein, maßen sie nur in fraudem legis eingeführt worden, um unfähigen Personen dasjenige, was sie directe von dem Erblasser nicht erlangen kunten, auf solche Weis indirecte und mittels anderer Personen in die Hand zu spielen. Da nun jure moderno Personae incapaces, welche nicht testamenti factionem passivam haben, eines fideicommiss so wenig als anderer Erbschaft mehr fähig seynd und sogar derjenige, welcher einer solchen Person etwas einzuspielen sich als Mittelmann brauchen läßt, ex capite indignitatis mit der Confiscationsstraf angesehen wird, so solten wir zwar heutzutage gar kein fideicommiss mehr haben. Gleichwie es aber in jure pasitiva gar vielmahl ergehet, daß man das principium abschaft, und die Conclusion nichtsdestoweniger stehen läßt, also ist auch ein gleiches mit Fideicommissen geschehen, indem solche heut data noch bestehen, ohngeachtet das primum principium, aus welchem man sie eingeführt hat, schon bei den Römern selbst, geschweigens bey uns hinweggefallen ist. Indessen seynd und bleiben dieselbe gleichwohl eine odiose Sache, welche auf das engste interpretirt wird."

[3]) Die älteren Partikularrechte folgen dem römischen Recht. So die erneuerte

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 608. „Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in anderen bestimmten Fällen, einem zweiten ernannten Erben überlasse. Diese Anordnung wird eine fideicommissarische Substitution genannt . . ." [1])

Frankfurt. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 5 § 1. „Nicht allein aber mag der Testator seinem eingesetzten Erben einen andern Nacherben undersetzen: Sondern mag auch demselben Bitt oder Befehls weiß auferlegen, die ime vermachte Erbschafft gantz, oder zum Theil, einem andern, den er Testator ihme darzu ernennt, zuzustellen und zu übergeben. Was er auch Testator darinn für Condition, Zeit und Maß, verordnet, das alles soll durch den Erben (sofern er anderst die Erbschaft annemmen will) treuwlich vollzogen und geleistet werden." (Uebereinstimmend mit dem Erneuert. Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 13 § 1.) — Kayserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 47 § 1. „Es haben dann die Rechte noch eine andere Arth und Weise, durch welche die Erbschafften vermittelst des eingesetzten Erben auf eine andere Person verwendet werden, welche sie Fideicommissum, oder durch getreue Hand überlassene Erbschafft nennen." § 2. „Alldieweil dann die alte Rechts-Erfahrene zu deren Erfindung nicht geringe Ursachen gehabt, als wollen wir dieselbige in unserm Stifft und Hertzogthum auch nicht abgeschafft haben, sondern geschehen lassen, daß der Testirer seinem Willen und Gelegenheit nach den instituirten Erben beschwehren und ihme befehlen möge, wo er die Erbschafft angenommen und zu sich gebracht, daß er alßdann solche Verlassenschaft gar, oder deren eines Theils einem andern, weme der Testator will, zustellen und einantworten solle, und was der Testirer für Zeit, auch ehrbare billige Maaß und Condition benennen und bestimmen würde, denen ist der Erb zu geleben, und solches alles (da er anderst Erb seyn will) getreulich zu verrichten schuldig."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 1. Letztwillige Dispositionen, wodurch Jemanden die ganze Erbschaft oder wenigst ein Theil derselben . . . zu dem Ende anvertraut wird, damit es von dort in weitere Hände kommen und restituirt werden soll, pflegt man Fideicommiß zu nennen . . ." § 2. „Derjenige, welcher die anvertraute Erbschaft zu restituiren hat, wird 1mo Haeres fiduciarius, institutus vel directus genannt, und zwar ohne Unterschied, ob er selbe ganz oder nur zum Theile, ex testamento vel ab Intestato restituiren muß. Der andere hingegen, an welchen 2do die Restitution nach der Intention des Fideicommittenten geschehen soll, heißt Haeres fideicommissarius, indirectus et substitutus, weil nämlich ein jedes Fideicommiß Species Substitutionis et quidem indirectae ist . . ." Abweichend vom röm. Recht bestimmt jedoch der § 3 „. . . Wer kein Testamentserbe sein kann, der mag auch von Rechtswegen kein Fideicommiß-Erbe sein."

[1]) Unger, das österreich. Erbrecht § 20. Am Schlusse der Note 2 bemerkt derselbe: Für das heut. Recht ist kein Grund mehr vorhanden, an jener aus der eigenthümlichen Bedeutung der Erbenqualität sich erklärenden Behand-

§ 708. „Wer eine Erbschaft oder ein Vermächtniß unter einer verneinenden oder auflösenden Bedingung, oder nur auf eine gewisse Zeit erhält, hat gegen den, welchem die Erbschaft, oder das Vermächtniß, beym Eintritte der Bedingung, oder des bestimmten Zeitpunktes zufällt, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welche einem Erben oder Legatar gegen den fideicommissarischen Substituten zukommen."

Privatl. Gesetzbuch für den K. Zürich § 2078. „Ebenso kann der Testator innerhalb der gesetzlichen Schranken der Testirfreiheit seinem Erben die Verpflichtung auferlegen, daß er, sei es bei Lebzeiten unter einer bestimmten Voraussetzung die Erbschaft auf einen Nacherben übertragen, oder nach seinem Tode dem Nacherben hinterlasse . . ." [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2503. „Der Erblasser kann anordnen, daß sein Erbe die Erbschaft oder einen Erbtheil einem Dritten, Anwärter, herausgeben oder hinterlassen soll, Fideicommiß."

§ 2505. „Eine Erbeinsetzung von einem Zeitpunkte an oder unter einer aufschiebenden Bedingung gilt . . als eine an die gesetzlichen Erben gerichtete Anordnung einer Anwartschaft zu Gunsten der eingesetzten Erben vom Eintritte des Zeitpunktes und der Bedingung an." [2])

§ 2506. „Eine Erbeinsetzung bis zu einem bestimmten Zeitpunkte oder unter einer auflösenden Bedingung ist so zu betrachten, als wären die eingesetzten Erben zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Erblassers mit einer Anwartschaft vom Eintritte des Zeitpunktes oder der Bedingung an beschwert."

45. Die fideicommissarische Substitution, die übrigens als Univer-

---

lungsweise des röm. Rechts festzuhalten: im heutigen Recht tritt der Fideicommissar nicht an die Stelle der Erben, sondern unmittelbar an die Stelle des Erblassers, er folgt nach jenem, aber diesem nach (alius post alium).

[1]) Bluntschli, Erläuter. IV S. 152 bemerkt dazu: Es unterscheidet sich diese fideicom. Substitution, in der neueren Rechtssprache auch Universalvermächtniß genannt, von der Vulgarsubstitution dadurch, daß bei der erstern vorausgesetzt wird, der zunächst berufene Erbe sei wirklich Erbe geworden, bei der letztern dagegen, er sei nicht Erbe geworden. Der Erbe, dem das Universalvermächtniß auferlegt ist, wird mit dem röm. Ausdruck Fiduciar genannt, weil man ihm das Vertrauen (fiducia) schenkt, er werde die überkommene Erbschaft später wieder abgeben. Der Nacherbe wird auch Universalfideikommissar genannt.

[2]) Entsprechend dem aus § 6 des Erbfolgemandates vom 31. Januar 1829 entnommenen § 2013. „Ist Jemand von einem Zeitpunkte an oder unter einer aufschiebenden Bedingung zum Erben eingesetzt, so findet bis zum Eintritt des Zeitpunktes oder der Bedingung die gesetzliche Erbfolge statt. Soll Jemand bis zu einem Zeitpunkte oder bis zum Eintritt einer auflösenden Bedingung Erbe sein, so findet die gesetzliche Erbfolge statt, sobald der Zeitpunkt oder die Bedingung eintritt."

ſalfideicommiß immer nur in teſtamentariſcher Form gültig errichtet werden kann, erfordert nicht nothwendig eine ausdrückliche, dem Inhalte des § 53 entſprechende Anordnung, ſondern kann auch aus andern Dispoſitionen des Erblaſſers entnommen werden (ſ. g. fideicommissum tacitum).[1]) Beiſpiele der letzteren Art gibt unſer Landrecht ſelbſt in den bereits oben erwähnten §§ 259, 260, 480, 486, 489 d. T., betreffend die Wirkung einer bedingten oder betagten Erbeinſetzung, ferner in den §§ 532, 534 d. T., betreffend die zu Gunſten einer Familie gemachte oder auch nur mit einem unbeſtimmten Veräußerungsverbote gemachte Zuwendung. So beſtimmt auch das

Bairiſche Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 4. „. . . Auf ſtillſchweigende Art wird auch 4to zuweilen ein Fideicommiß gemacht, wenn ſolches nicht ſoviel der Buchſtabe, als die Folge der Dispoſition durch ſichere und nothwendige Schlüſſe mit ſich bringt, z. E. wenn dem benannten Erben aufgetragen wird, kein Teſtament zu machen;[2]) denn dieſes iſt ſoviel, als hätte man des Erben Haeredes ab Intestato pro Fideicommissariis ausdrücklich ernannt, oder, wenn dem inſtituirten Erben die Veräußerung verboten wird, damit das Gut ſeinen Descendenten oder Erben zukommen oder verbleiben möge.“[3])

Oeſterreich. bürg. Geſetzbuch § 610. „Hat der Erblaſſer dem Erben verbothen, über den Nachlaß zu teſtiren; ſo iſt es eine fideicommiſſariſche Subſtitution, und der Erbe muß den Nachlaß für ſeine geſetzlichen Erben aufbewahren . .“

Bürg. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2504. „Als ſtillſchweigende Anordnung einer Anwartſchaft iſt insbeſondere zu betrachten, wenn der Erblaſſer dem Erben auferlegt, die Erbſchaft mit einem Dritten zu theilen,[4])

---

[1]) Paul. l. 19 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1): . . . nec verba spectantur — sed sententia, quibuscunque verbis, dum testator senserit, ut hereditas sua restituatur.

[2]) Paul. l. 74 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1): Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit, et ita de filia sua caverat: „Mando tibi, non testari, donec liberi tibi sint.“ Pronuntiavit Imperator, fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret. Sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere. — Mascardi de Probat. Vol. II concl. 776 nr. 12.

[3]) Mascardi de Probat. Vol. II concl. 776 nr. 7. Fideicommissum inductum fuisse probatur, quando testator mandat conservari bona in agnatione, vel familia, vel in descendentibus.

[4]) Paul. l. 19 § 1 D. eod.: „Te rogo, Luci Titi, hereditatem meam cum Attio partiaris;“ ex S. C. Trebelliano in eum, cui restituta est hereditas, actiones competere Aristo ait: quia pro hoc accipiendum sit: „rogo hereditatem illam restituas . . .“

oder den Dritten zum Erben einzusetzen,[1]) oder demselben sonst sein eigenes Vermögen zuzuwenden,[2]) oder keinen letzten Willen zu errichten. Im letzten Falle sind die gesetzlichen Erben des Erben die Anwärter."

46. Der Zeitpunkt, mit welchem der Nacherbe die ihm ganz oder zum Theil zugedachte Erbschaft überkommt, kann in der verschiedensten Weise bestimmt werden, sei es durch Festsetzung einer Kalenderzeit, oder eines gewissen Ereignisses, insbesondere des Todes des Vorerben, oder irgend einer Bedingung.[3]) Derselbe kann aber auch in die Willkür des Vorerben gestellt werden, in welchem Falle dessen Todestag als Termin angenommen wird.

Scaevola l. 41 § 13 D. de leg. 3: Scaevola respondit: quum heres scriptus rogatus esset, „quum volet," alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius: post mortem enim utique creditur datum.

Bürg. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2509. „. . . Ist die Zeit der Herausgabe der Willkür des Erben überlassen, so kann der Anwärter erst nach dem Tode desselben die Herausgabe fordern."

Dasselbe gilt, wenn über den Zeitpunkt jede nähere Bestimmung fehlt.

Scaevola l. 75 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Mulier heredis instituti fidei commisit, ut retenta parte quarta reliquam partem restitueret nurui quondam suae, cujus fidei commisit in haec verba: „rogo te, ut id, quod ad te ex bonis meis pervenerit, facias pervenire ad filium tuum." Quaesitum est, quando hoc fideicommissum restituere debeat, utrumne post mortem suam, an jam nunc. Respondit: ad tempus, quo nurus moreretur, fideicommissum aptandum esse.

---

[1]) Ulp. l. 17 pr. D. eod.: Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat. Et senatus censuit, rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat non posse, verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est, quicquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret.

[2]) Auch die Restitution einer fremden Erbschaft kann dem Erben unbedenklich auferlegt werden, wie ja überhaupt der Testator „auch das besondere Eigenthum des eingesetzten Erben" einem Dritten zuwenden kann (§ 374 d. T.).

Ulp. l. 17 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Julianus quoque libro XL Dig. fideicommissum tale valere ait: „Fidei tuae committo, ut hereditatem Titii restituas," quum esset is, qui rogatus est, a Titio heres institutus. Cf. l. 114 pr. D. de leg. 1.

[3]) Unger, das österreich. Erbrecht S. 92.

§ 55. «In Fällen, wo nach den Geſetzen kein Familien-Fideicommiß ſtattfindet, gilt eine fideicommiſſariſche Subſtitution nur zum Beſten des erſten und zweiten Subſtituten.»

47. Eine ſolche im national-ökonomiſchen Intereſſe beruhende Beſchränkung der fideicommiſſariſchen Subſtitution kennt das gemeine Recht nicht,[1]) wohl aber die im Zweifel geltende Auslegungsregel, daß die Subſtitution nicht über den erſten Grad hinausgehen ſolle.[2])

Codex Fabrianus Lib. VI tit. 20 def. 35: Non est in dubio credendus testator voluisse fideicommisso perpetuo, et in infinitum gravare descendentes ab herede, et substitutio facta in favorem familiae agnationis, aut plurium personarum, sub nomine collectivo quale est liberorum, sibi locum vindicat in priori gradu, qui eo tempore supersit, quo conditio existit, nec ad alteriores gradus porrigitur, nisi expressim id testator voluerit. Itaque substitutis liberis, aut propinquioribus expirat substitutio simulatque in personis priore gradu positis locum habuit. Hoc enim est, quod dici solet, substitutionem non egredi personam substituti. Ita Senatus Sabaudiae mens. Febr. 1595.

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 8 def. 24. Locum non habet odiosa praesumtio fideicommissi, quia hoc onerosum est. Adeoque nec credendus testator voluisse, fideicommisso perpetuo et in infinitum gravare descendentes ab herede: Sane, si testator expresse aliud disposuerit dubitandum non est, quin substitutio facta in favorem liberorum ad ulteriores gradus porrigatur . . .[3])

---

[1]) § 11 J. de fideic. her. (2, 23): Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursum alii aut totum, aut pro parte, vel etiam aliquid aliud restituat.

[2]) Nur bei der Anordnung eines beſtändigen Familienfideicommiſſes ſollte nach einer Beſtimmung Juſtinian's in Nov. 159 der bereits an die vierte Generation gelangte Gegenſtand deſſelben in der Hand des letzten Inhabers frei veräußerlich ſein. Pfeiffer, prakt. Ausf. III S. 54—68.
Vergl. dagegen Puchta, Pand. § 527 Note b.

[3]) Zugleich iſt ein Urtheil des Leipziger Schöffengerichts von 1634 mitgetheilt, worin ausgeſprochen wird: Dieweil aber dennoch angeregte Verordnung einig und allein von der verſtorbenen Tochter Kindern Meldung thut, derowegen ſolche substitutio den Rechten zuwider weder auf des Sohnes Kinder, noch auf die Nepotes zu extendiren, hierüber ſie auch allbereit einen effectum erlanget, und dadurch ihre Endſchafft erreichet, So habt ihr euch auch mit eurem Einwenden nicht zu behelffen, noch mehrberührter substitution zu erfreuen.

Berger, Responsa I nr. 166. Regula juris pervulgata: appellatione filiorum nepotes quoque contineri, fallit toties, quoties ex eadem gravatur tertius quidam, v. c. in fideicommissis, quippe quae strictissimi semper juris sunt atque adeo ultra literam non extenduntur.

Erſt das neuere Recht hat, unter Ausſcheidung der an beſondere Erforderniſſe geknüpften Familien-Fideicommiſſe von den gewöhnlichen Fideicommiſſen, den letzteren beſtimmte Gränzen gezogen.[1])

Oeſterreich. bürg. Geſetzbuch § 611. „Die Reihe, in welcher die fideicommiſſariſchen Erben aufeinander folgen ſollen, wird, wenn ſie Alle Zeitgenoſſen des Erblaſſers ſind, gar nicht beſchränkt, ſie kann ſich auf den Dritten, Vierten und noch weiter ausdehnen."

§ 612. „Sind es nicht Zeitgenoſſen, ſondern ſolche Nacherben, die zur Zeit des errichteten Teſtamentes noch nicht geboren ſind; ſo kann ſich die fideicommiſſariſche Subſtitution in Rückſicht auf Geldſummen und andere bewegliche Sachen bis auf den zweyten Grad erſtrecken. In Anſehung unbeweglicher Güter gilt ſie nur auf den erſten Grad; doch wird bei Beſtimmung der Grade nur derjenige Nacherbe gezählet, welcher zum Beſitze der Erbſchaft gelangt iſt." [2])

Privatrechtl. Geſetzbuch für den K. Zürich § 2078. „.... Dagegen iſt die Beſtellung eines zweiten fideikommiſſariſchen Nacherben hinter dem erſten unzuläßig. Vorbehalten bleibt die beſondere Folge in Familienſtiftungen." [3])

---

[1]) Dagegen iſt das Franz. Recht ſoweit gegangen, jede fideicom. Subſtitution der Regel nach zu verbieten und dieſelbe nur für gewiſſe Ausnahmsfälle zuzulaſſen. Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilrechts (5. Aufl.) IV. § 693.

[2]) Das Sächſ. Geſetzb. enthält nur die Beſtimmung § 2507 „. . . Auch dem Anwärter kann der Erblaſſer einen Anwärter ernennen," ſo wie in Betreff der Familienfideicommiſſe die Vorſchrift § 2538. „Eine Familienanwartſchaft kann, ſofern nicht von dem Stifter mit Genehmigung des Landesherrn etwas Anderes beſtimmt iſt, von den Betheiligten geändert oder aufgehoben werden, wenn ſie mit Einſchluß Desjenigen, welcher in Folge der Anordnung der Anwartſchaft der erſte Inhaber des Gegenſtandes derſelben iſt, in die dritte Hand gekommen iſt."

[3]) Bluntſchli, Erläuter. IV S. 152, 153 bemerkt dazu: Für derartige über mehrere Generationen hin fortgeſetzte Zuwendungen der Verlaſſenſchaft eignet ſich eher das Inſtitut der Stiftungen. Eine univerſelle unmittelbare Erbfolge jener Art iſt ſo verwickelt in ihren Folgen und ſo unſicher in ihrem Beſtand, daß dieſelbe einer Beſchränkung bedarf.

Entwurf eines bürgerl. Geſetzb. für das Großh. Heſſen Abth. 3 Art. 162. „Der Erblaſſer kann nie mehr als Eine Anwartſchaft auf das Vermögen, über welches er verfügt, gültig verleihen. — Dieſe Anwartſchaft kann übrigens auch einem Solchen verliehen werden, der zur Todeszeit des Erblaſſers noch nicht empfangen war.“ [1])

---

§ 56. «Wer einer ſubſtituirten Perſon ſubſtituirt worden, iſt, wenn dieſe den ihr zugedachten Vortheil nicht annehmen kann oder will; auch dem zuerſt eingeſetzten Erben oder Legatario für ſubſtituirt zu achten.»

48. Dieſe Vorſchrift drückt die bekannte Regel aus: substitutus substituto, substitutus et instituto — ein Satz, der ſich eigentlich von ſelbſt verſteht, da die Subſtitution ja gerade den Zweck hat, den Subſtituten ganz an die Stelle ſeines unmittelbaren Vorgängers einrücken zu laſſen, alſo auch den Eintritt in das dem Letzteren verliehene Subſtitutionsrecht nothwendig begreift.[2])

---

[1]) Motive (Darmſtadt, 1845) S. 108 f.: Jede fideicommiſſariſche Subſtitution hindert den Beſchwerten in der Dispoſition über den der Reſtitution unterworfenen Gegenſtand und entzieht mithin den letzteren inſofern dem öffentlichen Verkehre. Das Geſetz kann es daher nicht der Willkür des Teſtators überlaſſen, ſo viele Subſtitutionsgrade anzuordnen, als es demſelben beliebt; es muß feſtſetzen, wie vielmal es dem Erblaſſer erlaubt ſein ſoll, einen Gegenſtand zum Reſtitutionsobjecte zu beſtimmen. Um hier eine feſte, von keinen Zufälligkeiten abhängende, in allen Fällen gleich weite und gleich enge Grenze zu ziehen, nimmt der Entwurf die Zahl der Reſtitutionen zum Maßſtabe. Er beſchränkt das Recht, zu ſubſtituiren, auf Einen Grad, weil der Zweck der Subſtitution durch Verleihung Einer Anwartſchaft vollſtändig erreicht werden kann ...

[2]) Brinz, Lehrbuch der Pandekt. § 182 S. 775: Es verſteht ſich von ſelbſt, daß in einer Gradationsreihe der fernere Grad nicht vor dem Wegfall des früheren gerufen iſt; aber ebenſo von ſelbſt, daß unter dieſer Vorausſetzung jeder Folgende allen Vorhergehenden, insbeſondere auch dem institutus ſubſtituirt iſt. Inſoweit iſt unſer „Substitutus substituto substitutus est instituto“ viel mehr ein müßiger Spruch, als eine Interpretationsregel. Anders wenn er bedeuten ſoll, daß der Subſtitut eines Subſtituten letzterem auch in ſeiner allenfallſigen Eigenſchaft als Inſtitutus ſubſtituirt ſein ſoll. § 3 J. de vulg. subst. (2, 18): Sed si instituto heredi, coherede substituto dato, alius substitutus fuerit, Divi Severus et Antoninus sive distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti. — Julian. l. 27 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6): Si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius, verius puto, in utramque partem Sempronium

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 19. „. . . De Substitutione Substitutionis ist 10mo die Regel, daß Substitutus Substituti auch pro Substituto Instituti gehalten werde, welches sich sofort auf die dritte, vierte und weitere Substitutionen erstreckt . . ." [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2194. „Sind mehrere Nacherben nach einander benannt, so tritt der nachfolgende, wenn der ihm vorgehende wegfällt, an dessen Stelle. Ist der vorgehende Nacherbe zugleich als Erbe eingesetzt, so bezieht sich die nachfolgende Nacherbeinsetzung zugleich auf die Erbeinsetzung." [2])

---

substitutum esse. — Papin. l. 41 pr. eod.: Coheredi substitutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit. Ad substitutum ejus, sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit, nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat.

Vergl. Donell. com. de jure civ. Lib. VI cap. 24 § 8: Hic non eventum spectare debemus, sed propositum et destinationem testatoris, qui uni heredi coheredem suum substituendo ac deinde substituto coheredi alium substitutum dando, aperte ab initio hoc animo fuerit, ut, deficiente instituto, utraque pars ad coheredem perveniret, deinde, hoc quoque deficiente, tantundem perveniret ad substitutum secundum. Quae voluntas, quandocunque primus substitutus decesserit, eventu mutari non potest.

Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 40 S. 366—368.

[1]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: „Es sagt z. E. Testator: Sempronius soll mein Erb seyn, und wann er es nicht seyn wird, soll es Cajus seyn, und im Fall es auch dieser nicht seyn wird, soll es Sejus seyn. Ob nun zwar wohl Sejus Sempronio nicht ausdrücklich substituirt ist, so geschieht doch solches tacite und ipso facto dadurch, weil er Substitutus substituti ist, einfolglich wann gleich Cajus vor Sempronio stirbt, tritt doch nichts destoweniger Sejus in dessen Platz auf den Fall ein, wann sich obiger Casus noluntatis vel impotentiae bei ihm ergibt."

[2]) Großh. Hessischer Entwurf Abth. 3 Art. 156 „. . . Sind von dem Erblasser nacheinander mehrere Erbstellvertreter ernannt worden, so tritt der nachfolgende Erbstellvertreter, wenn der vorher ernannte ausfällt, an die Stelle des berufenen Erben."

Motive: Der Erblasser darf mehrere successive eintretende Substituten berufen und das Verhältniß der entfernteren Substituten zu dem Instituirten bestimmen. Hat er aber hierüber gar keine oder eine ungenaue Bestimmung getroffen, so ist demungeachtet anzunehmen, daß es seine Absicht gewesen sei, auch den Substituten des Substituten zum Substituten des Instituirten zu ernennen, auch dem entferntesten Substituten den Vorzug vor dem gesetzlichen Erben zu geben.

§ 57. «Wenn der eingesetzte Erbe oder einer von mehreren Substituirten stirbt, oder sonst abgeht, ehe die Erbschaft oder das Vermächtniß wirklich auf ihn verfällt worden; so wird er bei der Bestimmung, wie weit die Substitutionen gelten (§ 55), nicht mitgerechnet.» [1])

§ 58. «Unter der fideicommissarischen Substitution wird allemal die gemeine, unter der gemeinen aber nicht zugleich die fideicommissarische Substitution verstanden.»

49. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Com. B. 40 S. 257. Es fragt sich, ob in einem solchen Falle, wo für das Daseyn einer fideicommissarischen Substitution zu entscheiden ist, die Disposition auch als directe Substitution aufrecht erhalten werden könne, falls nur diese nicht durch die Worte geradezu ausgeschlossen ist? Dies nun darf man unbedenklich zugeben, in Folge der Regel, es sey jedes Rechtsgeschäft, und vor Allem ein Testament, im Zweifel so auszulegen, daß es eher bestehe, als unwirksam werde. Wenn der Testirer sich hierbei auch so ausdrückt, daß man sieht, er habe nur den Fall vor Augen gehabt, den wohl jeder Testirer bei der Einsetzung eines Erben wünscht und als den wahrscheinlicheren sich denkt, daß nämlich der Erbe die ihm zugedachte Erbschaft auch wirklich erwerben werde, so hat er den anderen Fall darum noch nicht ausschließen wollen, vielmehr dürfen wir — falls nicht der Ausdruck oder andere Gründe bestimmt entgegenstehen — dies als seinen ausgesprochenen Willen ansehen, daß die Substituten in jedem Falle die Erbschaft erhalten sollen, wenn ihnen der zuerst ernannte Erbe nicht mehr im Wege steht. [2])

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 608. „. . . Die fideicommissarische Substitution begreift stillschweigend die gemeine in sich." [3])

---

[1]) Den gleichen Satz drückt das Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 612 dahin aus: „. . . Doch wird bei Bestimmung der Grade nur derjenige Nacherbe gezählet, welcher zum Besitze der Erbschaft gelangt ist."

[2]) Mantica, de conject. ult. vol. Lib. V tit. III nr. 10. Vulgaris tacita substitutio interdum continetur sub fideicommissaria.

Nr. 11. Fideicommissaria substitutio regulariter non trahitur ad vulgarem.

[3]) Unger, das österr. Erbrecht § 19 Note 5: „Durch diese zweckmäßige Bestimmung, welche sich schon im westgalicischen Gesetzb. II § 411 findet, wird der Wille des Erblassers gesichert, der die Erbschaft dem Nachberufenen (Fideicommissar) vor den gesetzlichen Erben zuwenden will (cf. l. 13 § 4 l. 14 D. de test. mil. 29, 1) und insbesondere für den Fall, daß der Erstberufene (Fiduciar) sich weigert, die Erbschaft anzunehmen (vergl. Arndts § 587, Vangerow II. § 558), in einfacher und befriedigender Weise gesorgt."

Privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2079. „Will der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antreten, so kann der fideikommissarische Nacherbe statt seiner dieselbe antreten." [1])

Entwurf eines bürg. Gesetzb. für das Großh. Hessen Abth. 3 Art. 160. „Hat der Erblasser einer Person, die bei seinem Tode schon empfangen war, eine Anwartschaft auf die Erbschaft verliehen, so wird angenommen, daß der Anwärter auch zum Erbstellvertreter für den Fall ernannt worden sey, daß der Erbe die Erbschaft nicht annehmen kann oder will." [2])

50. Wenn die fideicommissarische Substitution dadurch, daß der Fiduciar nicht Erbe wird (sei es, daß er der Erbschaft entsagt oder deren Anfall nicht erlebt), sich in eine gemeine verwandelt, so fragt es sich:

welche Wirkung in diesem Falle eine der Anordnung noch besonders beigefügte Bedingung äußert.

Man wird zu unterscheiden haben, ob durch das Wegfallen des Fiduciars die Bedingung nach der Absicht des Testators ihre Erledigung gefunden hat, oder nicht. Nur im letzteren Falle wird die Bedingung als noch fortbestehend zu erachten und daher der Fideicommissar als ein gewöhnlicher bedingter Erbe zu behandeln sein. Man denke sich folgende Fälle:

a. Der Testator ernennt A zum Erben, macht ihm jedoch zur Pflicht, die Erbschaft, wenn er seinen Oheim X beerben sollte, dem B herauszugeben. A entschlägt sich der Erbschaft, in der Voraussicht, bald Erbe seines reichen Oheims zu werden.

---

[1]) Bluntschli, Erläut. IV S. 153 f.: „Da der eingesetzte Erbe die Erbschaft an den Nacherben wieder abgeben muß, so ist es möglich, daß die Gefahr und die Unbequemlichkeit der Erbschaftsübernahme ihn von derselben abhält; dann tritt streng genommen die Voraussetzung nicht ein, unter welcher der Nacherbe zur Erbschaft berufen war. Dadurch wird aber auch das Recht des Nacherben in die Willkür des Erben gelegt, was offenbar dem Willen des Erblassers zuwiderläuft. Schon das röm. Recht hat in solchen Fällen für die Interessen des Nacherben gesorgt und zu Gunsten desselben den Uebergang der Erbschaft durch Vermittlung des Erben fingirt. Es kann dann der Nacherbe sofort die Erbschaft übernehmen ..."

[2]) Motive: Der Erblasser ordnet eine Anwartschaft an, weil er Gründe hat, seine Erbschaft dem Anwärter vor dem gesetzlichen Erben zuzuwenden. Das Gesetz ist ihm nicht entgegen, es unterstützt ihn in der Verfolgung seines Zweckes, indem es den Anwärter, wenn nicht ein Anderes letztwillig bestimmt ist, auch als Erbstellvertreter betrachtet und als solchen die Erbschaft auch schon dann erwerben läßt, wenn der berufene Erbe dieselbe nicht annehmen kann oder nicht annehmen will.

Hier tritt B sofort als nunmehriger Vulgarsubstitut an seine Stelle, ohne den Anfall der X'schen Erbschaft an A abwarten zu müssen. Denn dieser Anfall bildete im Sinne des Testators nur eine die Erbesberufung des A zum Vortheil des B auflösende Bedingung und kommt daher nicht in Betracht, wenn A gar nicht Erbe werden will. Man kann sonach unmöglich den gedachten Erbanfall als eine von dem Testator zu Gunsten seiner gesetzlichen Erben der Berufung des B beigefügte, nach dem Wegfallen des A noch fortwirkende aufschiebende Bedingung auffassen.

b. Anders steht die Sache, wenn die letztwillige Verfügung lautet:

„Ich ernenne A zum alleinigen Erben. Sollte jedoch der wegen Verschwendung unter Vormundschaft gestellte B als gründlich gebessert dieser Vormundschaft entlassen werden, so hat ihm A die Erbschaft herauszugeben."

In diesem Falle sind die gesetzlichen Erben nicht unbedingt ausgeschlossen. Denn B ist nur unter der Voraussetzung (Bedingung) zur Erbschaft berufen, daß die gegen ihn als Verschwender ausgesprochene Entmündigung wieder aufgehoben wird. Diese Voraussetzung bleibt daher in Kraft, auch wenn A nicht Erbe wird. Hiernach kommt nach dem Wegfallen des A die Sache so zu stehen, als wenn B von vornherein unter der gedachten aufschiebenden Bedingung zum Erben eingesetzt wäre.

51. Jemand testirt:

„A soll mein Erbe sein, bleibt er jedoch bis zum vierzigsten Jahre unverheirathet, so muß er die Hälfte der Erbschaft an B herausgeben."

Wie ist es zu halten, wenn A den Erbanfall nicht erlebt oder der Erbschaft entsagt?

In Folge des Wegfallens des A gilt B allerdings als Vulgarsubstitut, und zwar als unbedingter, weil jene Bedingung sich nur auf die Person des Fiduciars bezieht, also nach dessen Wegfall nicht weiter in Betracht kommt. Aber er ist nur zur Hälfte zu der Erbschaft berufen und kann daher nicht mehr als diese erhalten. Somit muß die andere Hälfte an die durch seine Berufung insoweit nicht ausgeschlossenen Intestaterben fallen.

§ 59. «Wenn es zweifelhaft ist: ob der Erblasser eine gemeine oder eine fideicommissarische Substitution verordnet habe, so wird nur jene vermuthet.»

52. Dieser Satz entspricht der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis.

Mantica, de conject. ult. vol. Lib. V. tit. I de conjecturis substitutionum nr. 3. Substitutio intelligitur magis directa, quam fideicommissaria. nr. 4. Substitutio directa est magis favorabilis, quam fideicommissaria. nr. 5. Substitutio directa est potentior fideicommissariâ. nr. 6. Verba sunt accipienda in potentiori significatione. nr. 7. Substitutio directa est dignior fideicommissariâ.

Mascardi de Probationibus Vol. IV concl. 1353. Substitutio quaelibet in dubio magis praesumitur directa quam fideicommissaria.

Menoch. de Praesumtionibus Lib. IV praes. 66. Substitutio an obliqua et fideicommissaria, an potius directa praesumatur. praes. 71. Filii, ordine successorio vocati post eorum parentes, an et quando per vulgarem substitutionem, vel per fideicommissariam vocati praesumantur.

Mevii Decis. VII 16: Communis quidem JCtorum sententia, substitutionem, quae in testamento fit, in dubio praesumi vulgarem et directam, ut substituti succedant, si institutus nolit vel non possit esse heres, non fideicommissariam, seu ut adita hereditas restituatur. At tantum in dubio. Secus se res habet, ubi ex verbis testamenti atque mente testatoris aliud constat. Constare autem intelligitur non tantum, si testator expressis verbis dicat, sed etiam si mens ejus appareat ex dispositionis tenore, nempe cum alia aliter accipi nequit . . .[1])

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 19. „. . Ueberhaupt ist nur soviel allhier davon zu merken, daß die Substitution in dubio allezeit mehr pro directa et vulgari, als pro fideicommissaria präsumirt werde."

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 614. „Ist eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt, so ist sie auf eine solche Art auszulegen, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird."[2])

---

[1]) Vergl. auch G. L. Boehmer, Electa jur. civ. Vol. I Exerc. VI § 5.

Leyser, Med. ad Pand. spec. 362 m. 1. Substitutio directa magis quam fideicommissaria intelligitur.

m. 2. Praesumtio, quae pro substitutione directa contra fideicommissariam est, per contrarias conjecturas aliquando eliditur.

S. Stryk, de caut. test. cap. XVIII membr. I § 5. In dubio potius substitutio directa quam fideicommissaria est.

[2]) Vergl. das Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 8. Januar 1856: Der Advokat M. hatte in seinem Testamente „seine Neffen" zu Erben eingesetzt, und „in Ermangelung männlicher Descendenz eines derselben die

§ 60. «Die Pupillarſubſtitution (Th. 2 Tit. 2 Abſchn. 7) kann zwar als eine gemeine, aber die gemeine nicht als eine Pupillarſubſtitution gelten.»[1])

Von Bedingung, Zweck ꝛc.

§ 61. «Der Erblaſſer kann das dem Erben oder Legatario zugedachte Recht durch Beifügung einer Bedingung, Beſtimmung eines Zweckes, oder Auferlegung einer gewiſſen Pflicht einſchränken.»

§ 62. «Was von bedingten Willenserklärungen überhaupt vorgeſchrieben iſt, gilt auch bei letztwilligen Verordnungen (Tit. 4 §§ 99 ff.).»

53. § 9 J. de her. inst. (2, 14): Heres pure et sub conditione institui potest . . .

Pompon. l. 1 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Legatis, quae relinquuntur, aut dies incertus, aut conditio adscribitur, aut si nihil horum factum sit, praesentia sunt, nisi vi ipsa conditio insit.

Ulp. l. 19 pr. eod.: In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones . . .

Papin. l. 101 § 2 eod.: Conditionum verba, quae testamento praescribuntur, pro voluntate considerantur . . .

Söhne der andern eingeſetzten Erben ſubſtituirt." In dieſer Anordnung ſieht die erſte Inſtanz eine fideicommiſſariſche Subſtitution. Die beiden höheren Inſtanzen nehmen nur eine gemeine Subſtitution an. Gründe: „Es findet ſich im Teſtamente kein Ausdruck, welcher darauf hinwieſe, daß eine fideicomm. Subſtitution im Sinne der §§ 608, 610 a. b. G.-B. und nicht bloß eine gemeine, im Sinne des § 604 gemeint ſei. Zieht man nun in Betracht, daß nach § 536 der Erbe erſt beim Tode des Erblaſſers eintritt, und daß, wenn der muthmaßliche Erbe vor demſelben ſtirbt, er die noch nicht erlangte Erbſchaft auch nicht auf ſeine Erben übertragen kann, ſo erſcheint als der natürliche und klare Sinn jenes Teſtaments, daß M. ſeine Neffen zu Erben eingeſetzt, und demjenigen oder denjenigen von ihnen, welche vor ihm ſterben ſollten, deren Söhne, oder falls einer derſelben keine männliche Nachkommenſchaft hinterlaſſen ſollte, die Söhne der andern genannten Brüder ſubſtituirt hat. Das Teſtament ordnet daher nur eine gemeine Subſtitution an, und wenn darüber noch ein Zweifel wäre, ſo würde der § 614 a. a. O. zur Anwendung kommen." (Glaſer und Unger, Samml. civilrechtl. Entſch. des k. k. oberſten Gerichtsh. I. Nr. 154.)

[1]) Die Entſcheidung dieſer gemeinrechtlichen Controverſe hat für unſer Rechtsleben keine Bedeutung, da demſelben das ganze Inſtitut der Pupillarſubſti-

Mantica, de conject. ult. vol. Lib. VII tit. 1 nr. 38. Unusquisque potest rebus suis imponere eam legem, quae sibi placuerit.

Struv, synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 45: Omnis generis possibiles conditiones extranei heredis institutioni recte adjiciuntur, et usque dum existant, institutio suspenditur.

Kayserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 42 § 11. „Den testirenden Personen ist zugelassen und freygestellet, ohne oder mit ehrbaren, billigen und möglichen Conditionen und Bedingungen die Erben zu instituiren und einzusetzen, und wo es mit Bedingungen und Conditionen beschiehet, so seynd die Erben, dieselbe, wann sie nemlich ehrbar, billig und möglich zu erfüllen schuldig."

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 695. „Der Erblasser kann seine Anordnung auf eine Bedingung; auf einen Zeitpunkt; durch einen Auftrag; oder eine erklärte Absicht einschränken . . ."

§ 699. „Sind die Bedingungen möglich und erlaubt, so kann das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden; sie mögen vom Zufalle, von dem Willen des bedachten Erben, Legatars, oder eines Dritten abhängen."

Ueber die Verschiedenheit in der rechtlichen Auffassung der einem Vertrage und der einem letzten Willen beigefügten Bedingungen wird in den Motiven zum bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen (Siebenhaar, Comment. III S. 246) gesagt:

> „Man hat häufig behauptet, daß die den letzten Willen beigefügten Bedingungen ganz so zu beurtheilen seien, wie die den Verträgen beigefügten. Indessen ist dabei der Unterschied zwischen den Testamenten, als einseitigen Erklärungen des Erblassers, und den Verträgen, als auf Begründung von Rechten zwischen zwei Personen gerichteten Rechtsgeschäften, nicht beachtet. Rücksichten, wie unter anderen die sind, daß der Testator im Zweifel von einer wohlwollenden Gesinnung gegen den Honorirten erfüllt gewesen sei, daß derselbe im Augenblicke der Errichtung seines letzten Willens in dem Gefühle seiner Sterblichkeit zu nichts weniger, als zu Treibung eines Scherzes gestimmt gewesen sei, daß nach dem Tode des Erblassers eine nachträgliche Constatirung seines Willens nicht

---

tution — ungeachtet seiner Aufnahme in das Allgem. Landrecht — völlig fremd geblieben ist.

Zu Betreff des gem. Rechts ist zu verweisen auf:

Mühlenbruch, Fortf. des Glück'schen Com. B. 40 S. 267—291.

v. Vangerow, Pandekt. § 451 Anm. 1 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

Fuchs, Beitrag zur Lehre von der substitutio tacita (im Archiv für die Civilist. Praxis B. 38 S. 305—331).

Seuffert, Archiv VI Nr. 222 (Erkenntn. des O.-A.-G. zu Jena vom 16. Juli 1835) X. Nr. 270 (Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 30. Juni 1855).

möglich ist, geben den Testamenten eine ganz andere rechtliche Bedeutung als den Verträgen. Wenn irgendwo, so beruht das römische Recht gerade in der Lehre von den Bedingungen der Testamente auf einer practischen Basis und auf einem tiefen Blicke in das Innere des Menschen. Von dieser Ueberzeugung durchdrungen hat man in das Gesetzbuch die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Bedingungen bei Testamenten im Wesentlichen aufgenommen."

54. Die Bedingung, als eine Selbstbeschränkung des Willens,[1]) läßt sich, wie bei Willenserklärungen überhaupt, so auch bei letztwilligen Verordnungen nur annehmen, wenn die Erklärung selbst die Absicht einer solchen Beschränkung erkennen läßt. In dieser Hinsicht kommen insbesondere die s. g. stillschweigenden Bedingungen (conditiones juris, quae extrinsecus veniunt, quae tacite insunt) in Betracht, d. h. solche Nebenbestimmungen, wodurch ein nach der Natur des Rechtsgeschäfts sich von selbst verstehender Umstand in Form einer Bedingung ausgedrückt wird. Hier kommt Alles darauf an, ob jener Zusatz, der die Gestalt einer Bedingung hat, im Sinne des Erklärenden eine wahre Bedingung sein sollte.[2]) Dies ist, namentlich bei letztwilligen Verfügungen, nur anzunehmen, wenn eine solche Absicht erweislich ist.[3])

So bestimmt auch:

das baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 10. „... Und da sich 16to der Zweifel ereignet, ob die Dis-

---

[1]) Vergl. Unger, Syst. des österr. allg. Privatr. II § 82. VI. (das österr. Erbrecht) § 16 Note 3.

[2]) Non solum figuram, sed vim qnoque conditionis continere l. 69 D. de her. inst. 28, 5.

[3]) l. 99 D. de cond. et dem. (35, 1): Conditiones extrinseens, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videntur, non facinnt legata conditionalia.

l. 12 D. de cond. inst. (28, 7): Verba haec: „Pnblius Maevins, si volet, heres esto" ... in voluntaria heredis persona frustra adduntur, cum, et si non fuerint addita, invitus non effieitur heres.

l. 22 § 1 D. qnando dies leg. (36, 2): Quaedam antem conditiones etiam supervacuae snnt; veluti si ita scribat: „Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adiret, Maevio deeem dato." Nam pro non scripta ea conditio erit, nt omnimodo ad heredem Maevii legatum transeat, etiam si Maevins ante aditam hereditatem deeesserit ...

l. 19 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1): Haee seriptura: „si Primns heres erit damnas esto dare," pro conditione non est aecipienda; magis enim demonstravit testator, qnando legatum debeatur, qnam conditionem inseruit, nisi forte hoe animo fnerat testator, nt faceret conditionem.

Vergl. auch Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts I S. 197 Note 8.

position pro conditionata zu halten sey, soll man nicht so viel den Buchstaben und die Particulas conjunctivas, als den ganzen Sensum der Rede und die Natur einer Condition betrachten, welche darin bestehet, daß sie die Disposition auf einen künftigen und ungewissen Zufall ausstellt. Was aber 17mo die Sache selbst schon ihrer Eigenschaft oder dem Gesetze nach stillschweigend in sich begreift, wird für keine Bedingniß mehr gehalten."

das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2117. „Ist eine letztwillige Verfügung bedingungsweise von Umständen abhängig gemacht, welche sich nach der Natur derselben oder nach der Beschaffenheit des Gegenstandes von selbst verstehen, so gilt sie als unbedingte."

§ 2118. „Hat ein Erblasser verfügt, daß der Bedachte das ihm Zugedachte erhalten soll, wenn er es haben will, so ist anzunehmen, daß die Verfügung von der Bedingung abhängen soll, wenn der Bedachte sich über die Annahme erklärt." [1])

Im Verhältnisse zu der eben besprochenen stillschweigenden Bedingung (quae tacite inest) bildet eine Art Gegensatz die stillschweigend hinzugedachte Bedingung (tacite adjecta).[2])

Während jene sich nur der Form nach, nicht aber in der Wirklichkeit als Bedingung darstellt, gilt umgekehrt diese immer als wirkliche Bedingung, obwohl ihr der formelle Ausdruck fehlt.

Ein Beispiel einer solchen Bedingung gibt unser Landrecht in der

---

[1]) Siebenhaar, Comment. III S. 246, 247: Dieser § beruht auf der Annahme, daß der Erblasser, weil er etwas Selbstverständliches ausgesprochen hat, dafür einen Grund gehabt haben muß. Gegen die Bestimmung des § ist die probatio contrarii zulässig. Einfluß hat die Bestimmung des § namentlich auf die Frage, mit welchem Momente die letztwillige Zuwendung als deferirt gelte, indem ein unter der Bedingung „si volet" Bedachter, selbst wenn er den Erblasser überlebt hätte, nur unter der Voraussetzung das Recht, die Zuwendung anzunehmen oder auszuschlagen, auf seine Erben transferiren würde, daß er vor seinem Ableben, die Zuwendung haben zu wollen, erklärt hätte.

Vergl. l. 69 D. de cond. et dem. (35, 1): Si ita expressum erit: „Titio, si voluerit, do lego," apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit ad se pertinere, quia conditio personae injuncta videtur.

l. 65 § 1 D. de leg. 1: „Illi, si volet, Stichum do." conditionale est legatum: et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias quod sine adjectione „si volet" legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur. Aliud est enim juris, si quid tacite continetur: aliud, si verbis exprimatur.

[2]) Wächter, Handb. des Württemb. Privatr. II § 92 Note 12.

Lehre von der Vormundſchaft Th. II Tit. 18, indem hier beſtimmt iſt:

§ 218. „Wenn einer im Teſtamente zum Vormunde beſtellten Perſon ein Legat hinterlaſſen worden: ſo gilt die Vermuthung, daß ihr ſelbiges in Rückſicht der zu übernehmenden Vormundſchaft ausgeſetzt ſey.“

§ 219. „Kann oder will ein ſolcher Legatarius ſich der Vormundſchaft nicht unterziehen: ſo verliert er das in dieſer Rückſicht ihm zugedachte Vermächtniß.“ [1])

Es läßt ſich aber auch die Vorſchrift des § 517 d. T. hierher rechnen, worin verordnet iſt:

„Hat der Erblaſſer das Betragen des Erben oder Legatarii der Aufſicht gewiſſer Perſonen unterworfen, und von dieſen wird ein dem Willen des Teſtators offenbar zuwiderlaufendes Betragen des Begünſtigten dem Richter angezeigt und nachgewieſen: ſo geht, nach einer fruchtlos erfolgten gerichtlichen Warnung, die Erbſchaft oder das Vermächtniß verloren.“ [2])

Denn dieſe anſcheinend ſehr ſinguläre Beſtimmung iſt wohl nur aus dem Geſichtspunkte zu rechtfertigen, daß man hier eine vom Erblaſſer für den vorausgeſetzten Fall der Zuwendung ſtillſchweigend hinzugefügte Reſolutivbedingung (Privationsclauſel) anzunehmen hat.

---

§ 63. «Was nach den Geſetzen einer Willenserklärung als gültige Bedingung nicht beigefügt werden darf; das wird, wenn es in letztwilligen Verordnungen einem Erben oder Legatario gleichwohl auferlegt worden, für nicht beigefügt angeſehen (Tit. 4 §§ 6—13. §§ 136 f.).»

55. Dieſer Grundſatz ſtimmt mit dem römiſchen Rechte überein.[3])

---

[1]) Vergl. l. 32. 33 D. de excus. (27, 1). l. 111 D. de legat. 1. l. 25 C. de legat. (6, 37).

Menoch de Praesumt. Lib. IV. praes. 124. Legatum tutori factum praesumi, ut tutelam suscipiat.

[2]) Vergl. Entſcheid. des Kgl. Ob.-Trib. B. 38 S. 85 f.

[3]) In Betreff der weſentlichen Abweichung unſeres Landrechts von dem röm. Rechte rückſichtlich der Behandlung der unmöglichen Bedingungen wird auf die Erörterungen zu § 504 d. T. verwieſen.

Heydemann, Einleit. in das Syſt. des Preuß. Civilrechts I. (Leipzig, 1861) S. 187 bemerkt hierüber: Benutzt man die ſonſt übliche Unterordnung der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen unter den Gattungsbegriff

Marcellus l. 20 D. de cond. et dem. (35, 1): Non dubitamus, quin turpes conditiones remittendae sint . . .

Paulus l. 9 D. de cond. inst. (28, 7): Conditiones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit.

Marcian. l. 14 eod.: Conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut hujusmodi, quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur, et perinde, ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve.

Id. l. 112 § 3 D. de legat. 1: Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est, vel bonos mores, non valet, veluti, si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum Praetoris, vel etiam turpe aliquid.

l. un. C. de his quae poen. nom. (6, 41): . . . Quod si aliquid facere vel legibus interdictum, vel alias probrosum, vel etiam impossibile jussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno, etiam neglecto testatoris praecepto, servabitur.[1])

---

der Unmöglichkeit, also die Eintheilung in physisch und moralisch unmögliche Bedingungen, zur Vergleichung des A. L. R. mit dem Römischen Rechte, so ergibt sich als Resultat folgender charakteristischer Unterschied. Nach Röm. Rechte wird durch eine (physisch oder moralisch) unmögliche Bedingung jedes Rechtsgeschäft unter Lebenden entkräftet, wogegen eine solche Bedingung bei allen Erklärungen von Todeswegen als nicht beigefügt gilt. Nach Landrecht dagegen wird wiederum der Accent nicht sowohl auf die Art des Rechtsgeschäfts gelegt, als vielmehr auf die Art der Bedingung, d. h. auf die Art ihrer Unmöglichkeit: und zwar so, daß durch physisch unmögliche Bedingungen Erklärungen inter vivos und mortis causa gleichmäßig zerstört werden, bei moralisch unmöglichen Bedingungen dagegen die Römische Distinction der Rechtsgeschäfte festgehalten und die moralisch unmögliche Bedingung gleichsam dem Testator zu Ehren gestrichen wird.

[1]) Averan. Interpret. jur. Lib. II cap. 24 nr. 35 sq.: . . . Superest genus conditionum impossibilium, hoc est earum, quae a jure sunt improbatae. Hae quoque sunt impossibiles. Hae quoque detrahuntur ab ultimis voluntatibus, sive turpes sint et contra bonos mores, sive sint contra leges, sive in fraudem legis, sive contra Rempublicam, sive contra publicam utilitatem nuptias impedientes, sive contra edictum Praetoris, ut conditio jurisjurandi, sive sint conditiones derisoriae . . . Sed ne quis in hac re decipiatur, animadvertendum est, quod aliquando improbatur a jure conditio, aliquando ipsa dispositio. Quoties improbatur ipsa conditio, ea detrahitur, et pro non scripta habetur: detracta autem conditione, salva manet dispositio, purgato vitio conditionis. Quoties autem improbatur ipsa dispositio, ea sit inutilis necesse est . . . Non temere autem hoc a jure civili constitutum est. Ideo enim aliquando improbat ac rejicit solam

Auch die älteren deutſchen Partikularrechte folgen hierin dem römiſchen Recht.

Revid. Land-Recht der Herzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 8 Art. 3 § 4. „Und obwol, vermöge der Rechten, alle Legata, ſomit Condition und Beding geſchehen, zuvor nicht gelten, bis das angehengte Beding und Condition erſcheinet, vollführet und erſtrecket wird, So iſt doch ſolches von denen Conditionen und Bedingen nicht zu verſtehen, die im Rechten für nicht angehengt oder geſetzt verſtanden werden . . . Sonſt mag aber auch ein jeder mit Maaß auß ſonderm Unterſcheid und Beſcheidenheit legiren und verordnen . . . Jedoch ſollen ſolche Unterſcheide, Condition und Geding gebraucht werden, die nicht unmöglich, auch der Erbarkeit nicht zuwieder ſeyn.“ [1])

---

conditionem, quia vitium est in sola conditione: improbat autem ac rejicit dispositionem, quando vitium est in dispositione, quia per conditionem influit. in dispositionem. In testamentis enim nullam vim habet, quod impossibile ac vitiosum scriptum est. Qua propter si vitiosa est impossibilis conditio, ipsa rejicitur et pro non scripta habetur. Si vitiosa est et impossibilis dispositio, ipsa reprobanda est, ita ut nullam vim habeat . . .

Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Comm. B. 41 S. 110 f.: Was unerlaubt und darum nach Rechtsbegriffen unmöglich ſei, ſteht unter dem Einfluſſe poſitiver Geſetze und der herrſchenden Anſichten über Sitte und Sittlichkeit. Allein iſt einmal beſtimmt, was dahin zu rechnen ſey, ſo kann auch nichts darauf ankommen, aus welchem Grunde die Unmöglichkeit abgeleitet wird. Dies erkennen die Römer auch auf das entſchiedenſte an, indem gewöhnlich, wenn von der Wirkung unmöglicher Bedingungen die Rede iſt, die phyſiſch unmöglichen mit den übrigen, und von dieſen die juriſtiſch und moraliſch unmöglichen zuſammengeſtellt werden. Und da auch, wo von den phyſiſch unmöglichen Bedingungen überall nicht die Rede iſt, wird doch anerkannt, daß die juriſtiſch und moraliſch unmöglichen auf einer Stufe rechtlicher Bedeutung ſtehen . . . Für die rechtliche Würdigung der Frage: ob eine Handlung als eine widerrechtliche und unerlaubte zu betrachten ſey, müſſe hier, wie überall, ihr Zweck, die perſönlichen Verhältniſſe und überhaupt die individuellen Umſtände in Betracht gezogen werden; wenn dieſem zu Folge die bedingende Thatſache nach einer Richtung hin als unerlaubt, nach einer andern Richtung als erlaubt erſcheint, ſo iſt es ja eben nicht mehr dieſelbe Thatſache, — oder: der Begriff des Erlaubten und Unerlaubten iſt häufig nur nach concreten Merkmalen zu beſtimmen, was aber darnach als unerlaubt erſcheint, iſt es nicht weniger, als wenn das bedingende Ereigniß nach abſoluten Merkmalen nicht geſchehen darf, — es iſt der Wirkung nach eben ſo unmöglich, als wenn die Unmöglichkeit auf rein juriſtiſchen Prinzipien oder auf Naturgeſetzen beruhet.

Vergl. W. Sell, Verſuche im Gebiete des Civilrechts (Gießen, 1834) Th. II S. 23—27.

Arndts, Beiträge zu verſchiedenen Lehren des Civilr. I. (Bonn, 1837) S. 171—182.

[1]) Vergl. ebendaſ. Art. 1 § 2. „Wo der letzte Will . . . der Natur, gute Sitten,

Kayserl. Land-Ger.-Ordn. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 42 § 11 (s. oben S. 411).

§ 12. „Unehrbare aber und unmögliche Conditiones und Bedingungen, die werden von Rechtswegen, obgleich die Einsetzung darauf gerichtet, vor unterlassen, oder als wann sie nicht dazu gesetzet, gehalten."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 10. „1mo Conditiones, Natura, Lege aut Facto impossibiles, das ist, solche Bedingnisse, welche gegen die Natur laufen, oder so beschaffen sind, daß ein Verbrechen daraus erfolgt . . . werden in letztwilligen Dispositionen überhaupt, mithin auch in Testamenten pro non adjectis und dergleichen Erb-Einsetzung allezeit pro pura gehalten."

Von den neueren Gesetzbüchern schließen sich in der gleichen Behandlung der unmöglichen und der unerlaubten Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen dem römischen Recht vollständig an:

das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2125. „Besteht eine aufschiebende oder auflösende Bedingung in dem Eintritte oder Nichteintritte eines unmöglichen Ereignisses, so gilt sie als nicht beigefügt."

§ 2129. „Ist eine letztwillige Verfügung von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht, wenn der Bedachte eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung begehen, oder eine durch die Gesetze oder durch die guten Sitten gebotene Handlung unterlassen werde, so ist die Bedingung als nicht beigefügt anzusehen..."

§ 2130. „. . . Die auflösende Bedingung, wenn der Bedachte eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung nicht begehen, oder eine durch die Gesetze oder durch die guten Sitten gebotene Handlung nicht unterlassen werde, ist als nicht beigefügt zu betrachten."

der Code civil art. 900: „Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites." [1])

---

oder Menschlicher Möglichkeit zuwiederlauffen thäte . . . So ist man solch Vermächtnüß zu exequiren nicht schuldig . . ."

[1]) Brauer, Erläut. über den Code Napoleon II. S. 322, 323 bemerkt dazu: Es sind keine andere Bedingungen oder Auflagen verboten, als unmögliche, gesetzwidrige und sittenwidrige. Was unmöglich, was gesetzwidrig sei, darüber gibt Natur und Gesetz meistens leichte und sichere Aufschlüsse: aber mit dem Sittenwidrigen hat es eine andere Beschaffenheit, hier wechseln die Ansichten sehr, und das richterliche Ermessen hat hier einen großen Spielraum, der sich jedoch auch schwer für alle Fälle in einzelne Schranken bannen ließ. Wir müssen uns also begnügen, nur den Begriff aufzusuchen, der den Gesetzverfassern unter diesem Wort geläufig war. Ihn zeichnet Bousquet Art. 900 Obs. XX richtig und mit den

Ihnen ſtehen diejenigen gegenüber, welche zwar ebenfalls die unmöglichen und die unerlaubten Bedingungen in ihrer Wirkung einander gleichſtellen, dieſe Wirkung aber dahin bezeichnen, daß die letztwillige Verfügung durch dieſelben vernichtet wird. Es ſind dies

das Oeſterreichiſche bürg. Geſetzbuch § 698. „Die Anordnung, wodurch jemanden (in einem letzten Willen) unter einer aufſchiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, iſt ungültig ... Alles dies gilt auch von den unerlaubten Bedingungen.“ [1])

der Entwurf eines bürg. Geſetzb. für das Großh. Heſſen Abth. 3 Art. 60. „Eine letztwillige Verfügung, deren Vollziehung an eine unmögliche, oder an eine den Geſetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufende, oder an eine unverſtändliche Bedingung geknüpft iſt, bleibt ohne Wirkung.“ [2])

der Entwurf eines bürgerl. Geſetzbuches für das K. Bayern Th. I Art. 52. „Iſt einem Rechtsgeſchäfte eine unmögliche oder eine unerlaubte Bedingung als aufſchiebende beigefügt, ſo iſt daſſelbe ungiltig ...“ [3])

---

hieſigen Anſichten einſtimmend, wenn er ſagt: „es gehört dahin alles, was die Religion, die Ehrerbietung, die man Andern ſchuldig iſt, die Schamhaftigkeit, oder den guten Namen beleidigen würde, kurz alles, was man nicht ohne Scham und Schande thun könnte.“

[1]) Vergl. Unger, Syſt. des öſterr. allg. Privatr. II § 82 Note 93. — Das weſtgaliciſche Geſetzb. II § 485 folgt der entgegengeſetzten Anſicht der Sabinianer. Unger, das öſterr. Erbrecht § 16 Note 9.

[2]) Nach den Motiven (S. 46, 47) iſt dabei erwogen, daß der Erblaſſer, wenn er die geſetzte Bedingung für ausführbar hielt, immer nur für den Fall der Erfüllung derſelben ſeine letztwillige Dispoſition realiſirt wiſſen wollte und nichts uns befuge, den letzten Willen da unbeſchränkt zu nehmen, wo ihn der Erblaſſer ſelbſt beſchränkt habe, daß überdieß in Betreff der unerlaubten Bedingungen der Schutz des rechtlichen und ſittlichen Zuſtandes erheiſche, daß Alles, was dieſen Zuſtand gefährden könnte, ohne rechtliche Wirkung bleibe und dieſer Schutz am wenigſten bei einem Rechtsgeſchäfte verſäumt werden dürfe, welches, wie letztwillige Verfügungen, in der Hand ſeines Urhebers durch die Vortheile, die derſelbe darbieten kann, ein kräftig wirkendes Mittel zur Beförderung unrechtlicher und ſittenwidriger Handlungen werden könnte.

[3]) In den Motiven (S. 29) iſt zur Rechtfertigung dieſer vom röm. Recht abweichenden Beſtimmung geſagt: Die Richtigkeit des Syſtems des Juſtinianiſchen Rechts wurde bekanntlich ſchon unter den röm. Juriſten in Zweifel gezogen und die wiſſenſchaftliche Kritik hat ſeither deſſen Inkonſequenz und praktiſche Unhaltbarkeit überzeugend nachgewieſen. Das Juſtinianiſche Recht führt nothwendig auf die Unterſtellung zurück: der letztwillig Verfügende, welcher entweder eine unmögliche oder eine perplexe aufſchiebende Bedingung, folglich etwas Widerſinniges, oder einen unerlaubten oder unſittlichen Zweck zum Ausgangspunkte ſeiner Verfügung nimmt, ſey auch ohne dieſes Moment nicht nur des feſten Willens geweſen, überhaupt, ſondern auch gerade ſo, wie er gethan, zu verfügen; ſo z. B. zu Gunſten ebenderſelben Perſonen, deren Erwerb er

Art. 54. „Die Bedingung ist eine unerlaubte, wenn durch die Wirksamkeit derselben eine rechtswidrige oder gegen die öffentliche Ordnung verstoßende Handlung oder Unterlassung befördert würde."

Hiernach steht unser Landrecht mit der ihm eigenen Unterscheidung zwischen den unmöglichen und den unerlaubten Bedingungen bei letztwilligen Verordnungen ganz isolirt da, und möchte schwerlich gegen den Vorwurf der Inconsequenz[1]) zu vertheidigen sein.

56. Bei der eben gedachten Verschiedenheit zwischen der Behandlung der unmöglichen und der unerlaubten Bedingungen ist es nach unserem Recht von praktischer Wichtigkeit den juristisch unmöglichen Bedingungen ihren richtigen Platz anzuweisen. Ueber den Begriff derselben herrscht in der Theorie viel Verwirrung.

Wächter, Handb. des Württemb. Privatr. II § 96 Note 5 bemerkt hierüber:

> Meist begreift man unter den juristisch unmöglichen Bedingungen auch die Fälle, wenn etwas juristisch oder moralisch Verwerfliches zur Bedingung gemacht wird. Allein dies ist inconsequent und verwirrend. Denn die Eintheilung der Bedingungen in mögliche und unmögliche bestimmt sich nach der Möglichkeit des Eintretens der Bedingung; in diesem Sinne aber sind ja jene Bedingungen durchaus möglich, weil sie in der That eintreten können. Juristisch unmöglich ist nur die Bedingung, welche auf dem juristischen Gebiete sich bewegt, deren Eintritt aber auf demselben schlechthin unmöglich ist, wie z. B. wenn Du mir ein Generalpfand an Deinem Vermögen, eine Hypothek an Deiner Uhr einräumst, wenn Du bei uns Sclave wirst ꝛc.[2])

---

mit Umgehung seiner Intestaterben an widersinnige oder unerlaubte Bedingungen geknüpft hat. Daß diese Unterstellung der Begründung entbehre, bedarf keiner Ausführung. Die natürliche Auffassung führt vielmehr dahin, der Verfügende habe sich durch die Aufstellung einer unmöglichen oder perplexen Bedingung einen Scherz oder eine Mystifikation erlaubt; ferner, derselbe habe, indem er eine Zuwendung an eine unerlaubte oder unsittliche Bedingung knüpfte, hiedurch den unerlaubten, unsittlichen oder sonst gesetzlich mißbilligten Zweck auch wirklich erstrebt. Dieß vorausgesetzt aber muß die Ungesetzlichkeit des Zweckes nothwendig auch die Nichtigkeit des Mittels, nämlich die Ungiltigkeit der ganzen Verfügung zur Folge haben. Vergl. auch die zustimmenden Bemerkungen Laug's in seiner krit. Beleuchtung des gedachten Entwurfes Heft I S. 79, 80.

[1]) Unger, das österr. Privatr. § 16 Note 9.

[2]) Vergl. Entwurf eines bürg. Gesetzb. für das K. Bayern Th. I Art. 53. „Die Bedingung ist eine unmögliche, wenn schon bei Festsetzung derselben gewiß ist, daß deren Erfüllung, gleichviel ob aus einem natürlichen oder rechtlichen Grunde nicht eintreten kann."
cf. l. 137 § 6 D. de V. O. (45, 1).

Nach dieser richtigen Begriffsbestimmung wird, den Grundsätzen unseres Landrechts gemäß, eine Erbeinsetzung für ungültig zu erachten sein, welche unter der Bedingung erfolgt, daß der benannte Erbe ein Lehn errichtet — oder mit seinem, einen geringen Ertrag gewährenden Gute ein Familienfideicommiß stiftet — oder eine ihm an Jahren gleiche Person förmlich adoptirt.

57. Bei der Beurtheilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit unerlaubter Bedingungen kommt im Allgemeinen in Betracht

a) die Art der Bedingung — ob sie eine aufschiebende oder auflösende ist;

b) die Fassung derselben — ob diese positiv oder negativ ist;

c) die Person, deren Handlung oder Unterlassung den Inhalt der Bedingung bildet — ob nämlich diese Person der Bedachte, der Beschwerte, oder ein Dritter ist.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß auch hier die conditio in praeteritum vel in praesens relata gar nicht als Bedingung gilt; es ist dies nur eine Voraussetzung, deren Zutreffen oder Nichtzutreffen sich sofort mit dem Tode des Testators, also in demselben Augenblicke entscheidet, wo die letztwillige Verfügung in Kraft treten kann.[1]) — Hiernach kann eine testamentarische Zuwendung gültiger Weise davon abhängig gemacht werden, daß der Bedachte bis zum Tode des Erblassers Etwas gethan oder unterlassen haben sollte, was ihm nicht als Bedingung auferlegt werden könnte. Z. B. Ich setze den A zum Erben ein, wenn er bis zu meinem Tode unverheirathet geblieben sein — seine Religion gewechselt — seine Ehre im Zweikampf vertheidigt haben sollte. Hier kann A nur Erbe werden, wenn der vorausgesetzte Umstand zutrifft. Es handelt sich nicht um eine ihm gemachte Auflage, also um eine in Folge des Testaments zur Erlangung der Erbschaft von ihm — im Widerspruche mit dem Sittengesetz — vorzunehmende oder zu unterlassende Handlung, die Erbeinsetzung ist vielmehr an eine That-

[1]) Ulp. l. 10 § 1 D. de cond. inst. (28, 7): Si quem ita institutum ponamus: ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto: valet institutio, etiam in filio, qui in potestate est: cum nulla sit conditio, quae in praeteritum confertur, vel quae in praesens, velut: si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat.

Donell. com. de jure civ. Lib. XV cap. XI . . . quae conditiones in praesens aut praeteritum tempus conferuntur verbo conditiones dicuntur, quia figuram conditionis habent . . . re vera conditiones non sunt, quia rem non differunt.

sache geknüpft, die in dem Augenblicke, wo das Testament in Wirksamkeit treten soll, eine schon vergangene ist, und daher nur als ein zufälliges Ereigniß erscheint.[1])

Die wahre Bedingung hat immer eine aufschiebende Kraft, sei es, daß die Entstehung oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses durch sie hinausgeschoben wird (Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung).[2]) Gleichwohl unterliegen beide Arten von Bedingungen in Beziehung auf unsere Frage einer verschiedenen Beurtheilung, weil es einen großen Unterschied macht, ob der Erwerb oder der Verlust eines Rechts an ein sittenwidriges Verhalten geknüpft ist. Ein dem Sittengesetz widerstreitendes Thun oder Unterlassen kann dem Erben oder Legatar nicht als Suspensiv-, wohl aber als Resolutivbedingung auferlegt werden; denn ein Verstoß gegen das Sittengesetz darf wohl den Verlust, niemals aber den Erwerb eines Rechts bedingen. Umgekehrt würde eine Resolutivbedingung nicht für beigefügt zu erachten sein, nach deren Inhalt der Bedachte das ihm letztwillig Zugewendete wieder verlieren soll, wenn er etwas Sittenwidriges nicht thut.[3])

Wie die Art, so ist auch die Fassung der Bedingung in Betracht zu ziehen — ob nämlich damit dem Bedachten ein dem Sittengesetz entsprechendes, oder ein ihm nicht entsprechendes Verhalten — sei dieses nun ein Thun oder ein Unterlassen — auferlegt worden ist. In dieser Hinsicht ist nur die Frage streitig:

ob eine letztwillige Zuwendung gültiger Weise an die Bedingung geknüpft werden kann, daß der Bedachte in der bestimm-

---

[1]) Vergl. die „Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts" I. S. 163.

Bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2119. „Ist ein in die Vergangenheit oder ein in die Gegenwart fallendes Ereigniß zur aufschiebenden Bedingung gemacht, so gilt die Verfügung, wenn das Ereigniß zutrifft, sie fällt aber weg, wenn das Gegentheil der Fall ist."

[2]) Vergl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I S. 194.

[3]) So bestimmt das bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2130. „Ist eine letztwillige Verfügung von der auflösenden Bedingung abhängig gemacht, wenn der Bedachte eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung begehen, oder eine durch die Gesetze oder durch die guten Sitten gebotene Handlung unterlassen werde, so ist die Bedingung gültig. Die auflösende Bedingung, wenn der Bedachte eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung nicht begehen, oder eine durch die Gesetze oder durch die guten Sitten gebotene Handlung nicht unterlassen werde, ist als nicht beigefügt zu betrachten."

Vergl. auch Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen Abth. 1 S. 213 und Note 9, S. 216—220, woselbst die Wirkung unerlaubter Resolutiv-Bedingungen bei Vermächtnissen ausführlich behandelt ist.

ten Art (ſei es durch Thun oder Unterlaſſen) nicht gegen das Sittengeſetz verſtoße.

Man hat dieſe Frage aus dem Grunde verneinen zu müſſen geglaubt, weil Niemand eine Belohnung für ſein künftiges moraliſches Verhalten annehmen dürfe. — Dieſe Anſicht beruht jedoch auf einer Verwechſelung zwiſchen dem durch Vertrag und dem durch eine letztwillige Verfügung begründeten Rechte. Ein Vertragsrecht kann nur durch gegenſeitige Uebereinſtimmung der vertragsſchließenden Theile — durch Annahme des geleiſteten Verſprechens — geſchaffen werden.

Wer ſich für das Unterlaſſen einer unerlaubten Handlung etwas verſprechen läßt, der legt eine verwerfliche Geſinnung an den Tag, indem er die Abſicht kundgibt, das Unerlaubte zu thun, falls der Andere ſich nicht davon loskaufe.[1]) Ganz anders ſteht es aber mit Demjenigen, dem unter der gedachten Bedingung eine letztwillige Zuwendung gemacht iſt. Dieſer hat bei einem ſolchen Willensacte gar nicht mitgewirkt. Durch ſeine Annahme wendet er nur ein durch eine bereits in ſich vollendete Willenshandlung begründetes Recht ſeinem Vermögen zu. Er unterwirft ſich damit allerdings der ihm auferlegten Bedingung. Aber nicht er iſt es, der dieſe Bedingung geſtellt hat, ſondern allein der Erblaſſer; und im Sinne des Letzteren erſcheint die Bedingung als eine Beſchränkung des zugedachten Rechts. Es liegt ſonach durchaus nichts Unſittliches darin, wenn der Erbe oder Legatar ſich eine ſolche Beſchränkung gefallen läßt. Ebendeshalb fehlt es aber an jedem Grunde, die fragliche Bedingung als eine gegen das Sittengeſetz verſtoßende zu behandeln und für nicht beigefügt anzuſehen.[2])

---

[1]) Ulp. l. 7 § 3 D. de pact. (2, 14): Si ob maleficium, „ne fiat," promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.

Paul. l. 1 § 2 D. de cond. ob turp. (12, 5): Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. Ulp. l. 2 pr. eod.: Ut puta dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas . . . § 1 Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut instrumentum mihi redderes.

Vergl. Unger, Syſtem des öſterr. allg. Privatr. II § 82 S. 85.

[2]) So enthält auch der Entw. eines bürg. Geſetzb. für das K. Bayern Th. I Art. 56 die Vorſchrift:

„Hat ſich Jemand vertragsmäßig einen Vortheil für den Fall ausbedungen, daß er eine rechtswidrige, unſittliche oder gegen die öffentliche Ordnung verſtoßende Handlung unterlaſſe, ſo iſt der Vertrag ungiltig.

Letztwillige Verfügungen werden durch die Beifügung einer ſolchen Bedingung nicht ungiltig."

In den Motiven (S. 28) wird in letzterer Hinſicht geſagt: Die Gründe der Unzuläßigkeit der fraglichen Bedingung, welche ſich bei einem Vertrage

Von besonderer Wichtigkeit ist die dritte oben gedachte Verschiedenheit der Bedingungen, betreffend die Person, von deren Thun oder Lassen eine letztwillige Verfügung abhängig gemacht ist. — Bisher haben wir immer solche Fälle im Auge gehabt, wo das unmoralische Verhalten des Bedachten selbst — positiv oder negativ — zur Bedingung gesetzt ist. Auf diese Fälle brauchen wir daher nicht zurückzukommen. Es kann aber auch das Thun oder Lassen des Beschwerten oder eines Dritten den Inhalt der Bedingung bilden. Unter die letztwilligen Verfügungen der ersteren Art gehören die legata poenae nomine relicta, die nach heutigem Recht vollkommen gültig sind, vorausgesetzt, daß sie überhaupt den Erfordernissen gültiger Bedingungen entsprechen. Es kann daher der Erbe oder Legatar sehr wohl mit einem Vermächtnisse für den Fall beschwert werden, daß er durch ein bestimmtes Thun oder Lassen dem Sittengesetze entgegenhandelt,[1]) nicht aber für den umgekehrten Fall.[2])

---

geltend machen, treffen bei letztwilligen Verfügungen nicht zu, weil dieselben ohne Mitwirkung des mit dem Vortheile Bedachten entstehen und frei widerruflich sind, so daß von einer widerrechtlichen Spekulation des Bedachten hier keine Rede sein kann. Durch solche letztwillige Verfügungen kann vielmehr die Gesetzmäßigkeit und Sittlichkeit gefördert werden.

Das bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen bestimmt § 2129 „. . . Ist eine letztwillige Verfügung von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht, wenn der Bedachte eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung nicht begehen, oder eine durch die Gesetze oder die guten Sitten gebotene Handlung nicht unterlassen werde, so kann der Bedachte das ihm Zugewendete fordern, er verliert aber dasselbe, wenn er der Bedingung zuwider handelt." — In den Motiven wird bemerkt: Eine solche Bedingung würde eigentlich für nicht beigefügt zu betrachten sein. Da es jedoch der muthmaßlichen Absicht des Erblassers widerspräche, wenn der Bedachte, trotz seines Zuwiderhandelns gegen die Bedingung, das ihm Zugewendete behalten sollte, so habe man die suspensive Bedingung in diesem Falle als eine resolutive aufgefaßt und ihr wenigstens die Wirkung der letzteren beigelegt.

[1]) Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2131. „Ist eine letztwillige Verfügung von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht, wenn der Beschwerte eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung begehen, oder eine durch die Gesetze oder durch die guten Sitten gebotene Handlung unterlassen werde, so ist die Bedingung gültig . . ."

[2]) Oesterr. bürg. Gesetzb. § 712. „Die Anordnung, wodurch der Erblasser seinem Erben eine unmögliche oder unerlaubte Handlung mit dem Beisatze aufträgt, daß er, wofern er den Auftrag nicht befolgte, einem Dritten ein Legat entrichten soll, ist ungültig."

Vergl. Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 11 a. E. „. . . 6to Fällt endlich dieselbe (die Erbeinsetzung) auch in Casu,

Ueber den Fall, wenn die fragliche Bedingung in der Person eines Dritten gestellt worden, bemerkt

> Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen Abth. 1 S. 205: Wäre die Bedingung auf etwas rechtlich oder sittlich Unerlaubtes gerichtet, so müßte sie als wahre Bedingung behandelt werden, gleichgültig ob sie das Geschehen oder das Nichtgeschehen des Unerlaubten zum Gegenstande hätte. — Die rechtlich oder sittlich unerlaubte, in der Person eines Dritten gestellte Bedingung nicht wie jede andere mögliche Bedingung zu beurtheilen, ließe sich nicht rechtfertigen. Sie kann — dies läßt sich denken — positiv oder negativ gefaßt, allerdings die Veranlassung werden, daß der Dritte etwas rechtlich oder sittlich Unerlaubtes thue. Allein diese Möglichkeit liegt doch gewiß zu fern, um berücksichtigt zu werden.[1])

So ist auch die Bedingung, nicht zu heirathen, vollkommen gültig, wenn sie in der Person eines Dritten gesetzt ist.[2])

Hierbei kommt in Frage, wie folgender Fall zu entscheiden ist:

> Unter der Bedingung, daß Titia niemals heirathet, ist ihr und ihrem Bruder Titius zusammen ein Haus vermacht.

In Ansehung des Titius ist die Bedingung vollkommen gültig, nur in Betreff der Titia wird sie für nicht hinzugefügt angesehen. Wenn daher Letztere heirathet, so ist rücksichtlich des Titius die Bedingung fehlgeschlagen, während Titia den vom Erblasser ihr zugedachten Theil des Hauses — aber auch nicht mehr — erhält.

So entscheidet einen ähnlichen Fall ganz sachgemäß Papinian. l. 74 D. de cond. et dem. (35, 1).[3])

---

da der Erbe dasjenige, was ihm sub Poena amittendae Haereditatis aufgetragen worden, nicht thut, es sey denn, daß der Auftrag etwas Unmögliches, Verbotenes oder Extravagantes in sich hält."

[1]) Für das Preuß. Recht kommt noch hinzu, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 104 Tit. 4 Th. I A. L. R. in dem Falle, wo die Bedingung von einem bloßen Zufalle abhängt (und eine solche Bedingung ist die hier vorausgesetzte im Verhältniß zum Erben oder Legatar) der Berechtigte bei Verlust seines Rechts nichts vornehmen darf, wodurch das Eintreten des Zufalls herbeigeführt wird.

[2]) v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III p. 1018: Ein Anderes ist, wann die conditio non nubendi nicht auf die Person des Onerati selbst, sondern auf einen Dritten lautet, z. E. „Sejus ist mein Erb, wann Titius nicht heirath," dann dadurch wird libertas matrimonii nicht restringirt, weil Titius Sejo zu Gefallen den Ehestand nicht unterlassen wird, wenn er sonst Lust dazu hat. — Vergl. auch Brunnemann, com. in C. ad tit. de ind. viduit. 6, 40 nr. 13.

[3]) Mulieri et Titio ususfructus: „si non nupserit mulier," relictus est. Si mulier nupserit, quamdiu Titius et vivit et in eodem statu erit, partem

58. Nach dieſen allgemeinen Erörterungen bleibt noch übrig, auf die einzelnen Bedingungen einzugehen, welche von der Theorie und Praxis vorzugsweiſe als unerlaubt hervorgehoben zu werden pflegen. Dazu gehören vor Allen

a) diejenigen, welche die Freiheit der Eheſchließung beſchränken.[1])

aa) Die Bedingung gänzlicher Eheloſigkeit iſt unzuläßig.[2])

v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III p. 1018 nr. 11. Die Bedingniß: „wann man ſich nicht beyrathen wird," halt man als eine der Generation und dem bono reipublicae ac libertati matrimonii abbrüchige Sach pro turpi, et moraliter impossibili, folglich in letztwilligen Dispositionen pro non adjecta.

Preuß. Land-Recht Th. I Tit. 4 § 10. „Zuſagen, wodurch eine Mannsperſon bis über das dreißigſte, und eine Frauensperſon bis über das fünf und zwanzigſte Jahr zum eheloſen Stande verpflichtet werden ſoll, ſind ungültig."

§ 136. „Was ſelbſt kein Gegenſtand einer Willenserklärung ſein kann (§ 6—14), das kann auch Niemanden als eine Bedingung aufgelegt werden." [3])

---

ususfructus habebit; tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset, nec, si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.

[1]) Vergl. S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 41. de conditionibus contra libertatem matrimonii.

W. Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (Verſuche im Gebiete des Civilrechts, Gießen 1834 Th. II) §§ 34—47.

[2]) Papin. l. 72 § 5 D. de cond. et dem. (35, 1): „Maeviae, si non nupserit, fundum, quum morietur, lego." Potest dici, et si nupserit, eam confestim ad legatum admitti . . . Id l. 79 § 4 eod.: Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet, veluti: „Titio patri centum, si filia, quam habet is in potestate, non nupserit, heres dato," vel: „filiofamilias, si pater ejus uxorem non duxerit, heres dato."

Julian l. 22 eod. Quoties sub conditione mulieri legatur, si non nupserit, et ejusdem fidei commissum est, ut Titio restituat, si nubat, commode statuitur, et si nupserit, legatum eam petere posse, et non esse cogendam fideicommissum praestare.

Einen eigenthümlichen Fall entſcheidet Papin. l. 100 eod.: Titiae, si non nupserit, ducenta, si nupserit, centum legavit. Nupsit mulier. Ducenta, non etiam centum residua petat; ridiculum est enim, eandam et ut viduam et ut nuptam admitti.

[3]) Vergl. Friedr. Scharnweber, der letzte Wille und der Erbvertrag, eine civiliſtiſche theoretiſch-practiſche Abhandlung mit beſonderer Berückſichtigung der unerlaubten Bedingung der Eheloſigkeit, deren Begriff, Bedeutung und Wirkung auf die verſchiedenartigen Rechtsgeſchäfte von Todeswegen (Potsdam, 1861) S. 14 ff.

Oesterreich. bürg. Gesetzb. § 700. „Die Bedingung, daß der Erbe oder der Legatar sich, selbst nach erreichter Großjährigkeit, nicht verehelichen soll, ist als nicht beygesetzt anzusehen ..."

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2135. „Die Bedingung, wenn der Bedachte im ehelosen Stande bleiben ... werde, ist als eine den guten Sitten widerstreitende zu betrachten ..." [1])

Hierbei ist jedoch wohl zu beachten, ob nach dem Inhalte und dem Zwecke der letztwilligen Verfügung eine wahre Bedingung vorliegt — also ein ungewisses Ereigniß, von dessen Eintritt oder Nichteintritt ein Recht — sei es in Betreff seiner Entstehung oder seiner Dauer — abhängig gemacht wird.

Unser höchster Gerichtshof hat in den Gründen eines Erkenntnisses vom 20. Juni 1856 [2]) ausgeführt:

> In den §§ 10 und 136 Tit. 4 Th. I A. L. R. sei ganz deutlich ausgesprochen, daß Zusagen, durch welche sich Jemand zur Ehelosigkeit verpflichtet, sowohl als Vertragsbestimmung, als auch als aufgelegte Bedingung ungültig und unverbindlich seien. Allein eine solche Verpflichtung oder Bedingung sei in dem vorliegenden Erbvertrage überall nicht enthalten. Es sei vielmehr jeder der beiden Contrahentinnen darin ganz freigestellt, sich zu verheirathen, und es seien nur für den Fall, daß solches wirklich geschehen, gewisse Folgen, nämlich die Herausgabe des Vermögens der Erstverstorbenen an deren Intestat- oder Testamentserben davon abhängig gemacht. Eine solche Verabredung oder letztwillige Bestimmung, wodurch Jemand für den Fall, daß er heirathet, einen ihm eingeräumten Vortheil wieder aufgeben soll, haben die Gesetze nirgends für unerlaubt erklärt, und es wäre auch nicht abzusehen, weshalb dies hätte geschehen sollen, da es zu einer solchen Festsetzung — möge ihr ein Vertrag oder eine letztwillige Disposition zum Grunde liegen — sehr genügende Motive geben könne.
>
> Verboten sei lediglich die Uebernahme oder das Auflegen einer Verpflichtung, sich gar nicht zu verheirathen. Diese solle niemals erzwungen werden können, sondern, wenn sie eingegangen oder aufgelegt ist, nicht bindend sein, vielmehr als ungültig, resp.

---

[1]) Entw. eines bürg. Gesetzb. für das Großh. Hessen Abth. III Art. 61. „Die Bedingung, daß sich der Bedachte nicht, oder nicht wieder verehelichen, ist den Gesetzen zuwider ..."

Ebenso nimmt die Französische Jurisprudenz an: Sont réputées non écrites: ... la condition de ne pas se marier.

Les Codes annotés de Sirey (edit. par Gilbert, Paris 1862) Vol. I p. 387 nr. 9.

Vergl. auch Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV. § 692. Thilo, die Controversen des Franz. Civilr. S. 265, 266.

[2]) Striethorst, Archiv B. 21 S. 288 f.

als nicht hinzugefügt betrachtet werden. Ganz wohl vertrage es sich aber mit dieser Vorschrift, daß für den Fall einer einzugehenden Heirath der Heirathende gewisse Verpflichtungen gegen Dritte übernimmt, oder ihm bewilligte Vortheile wieder aufgibt, und wenn darin ein indirecter Zwang, sich nicht zu verheirathen, gefunden werden könnte, so sei doch ein solcher nicht unzuläßig, weil es dabei an der Voraussetzung des § 10 a. a. O. fehle, namentlich der Betheiligte nicht die Verpflichtung übernehme, sich nicht zu verheirathen, vielmehr sein diesfälliger Entschluß ganz frei bleibe.[1])

Mit Recht hat Scharnweber (in der oben S. 425 Note 3 angeführten Schrift S. 14 f.) gegen diese Auffassung der Bedingung Widerspruch erhoben und ihm ist auch in dieser Beziehung Dr. Gustav Hartmann (in der Deutsch. Gerichts-Zeit. 1861 S. 329 f.) beigetreten. — Gleichwohl darf nicht verkannt werden, daß in den Ausführungen des Ob.-Trib. — ganz abgesehen von dem entschiedenen Rechtsfalle — ein richtiger Grundgedanke zu finden ist. Es ist wohl zu unterscheiden, ob einer Person die Ehelosigkeit als Bedingung einer ihr gemachten letztwilligen Zuwendung gestellt ist, oder ob die Ehelosigkeit nur die thatsächliche Voraussetzung der Zuwendung bildet. Im ersten Falle ist eine Beschränkung der Willensfreiheit des Bedachten, im zweiten nur eine Beschränkung der Disposition selbst beabsichtigt. So unbedenklich zuläßig es ist, Jemandem, so lange er dem geistlichen Stande, dem Soldatenstande angehört, bestimmte Vermögensvortheile letztwillig zuzuwenden, ebenso unzweifelhaft kann dies zu Gunsten einer unverheiratheten Person für die Dauer ihres ledigen Standes geschehen. Wie in den erstgedachten Fällen dem Testator nichts ferner gelegen haben mag als eine Beschränkung des Bedachten in der Wahl eines anderen Standes, ebenso wenig kann im letzteren von einer Beschränkung in der Freiheit der Eheschließung die Rede sein. Wer einer Frauensperson bis zu ihrer Verheirathung gewisse Einkünfte letztwillig aussetzt, hat offenbar nicht die Absicht gehabt, sie für den Fall ihrer Heirath mit einem Vermögensverluste zu bedrohen, sondern von vornherein seine Zuwendung auf die Dauer der Unterstützungsbedürftigkeit der Bedachten beschränkt. Er hat eben nur einer unverheiratheten Person etwas zuwenden wollen.[2])

---

[1]) Vergl. das Erk. des A.-G. zu Hamm vom 6. Februar 1865 („Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" IX. S. 582 f.).

[2]) Nach diesen Grundsätzen hat auch der oberste Gerichtshof zu Wien durch ein Erkenntniß vom 15. December 1857 eine testamentarische Bestimmung für gültig erklärt, wonach der Testator alle seine Kinder zu gleichen Theilen zu Erben der einen, den Pflichttheil bildenden Hälfte seines Vermögens eingesetzt

Dieſer Geſichtspunkt hat auch in den neueren Geſetzgebungen Beachtung gefunden. So beſtimmt

das bürg. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2135. „... Der Nießbrauch oder der Genuß von Renten oder von Zinſen eines Hauptſtammes kann auf die Dauer des eheloſen Standes zugewendet werden.“ [1])

der Entwurf eines bürg. Geſetzb. für das Großh. Heſſen Abth. III Art. 61 „... Es kann jedoch ein Nießbrauch, oder der Bezug einer Rente, oder der Zinſengenuß von Kapitalien für den Fall, daß der Bedachte ledig bleiben oder Wittwer werden ſollte, oder auf die Dauer des ledigen oder Wittwenſtandes vermacht werden. Der Bedachte verliert den Genuß eines ſolchen Vermächtniſſes mit dem Tage, an welchem er ſich verehelicht.“

Anlangend

bb. die Bedingung *ſich nicht wieder zu verheirathen*, ſo iſt dieſelbe ſchon im neueren röm. Rechte für zuläſſig erklärt worden. [2])

Damit ſtimmt auch das heutige Recht, wenn auch mit Modifikationen, überein.

Oeſterreich. bürg. Geſetzb. § 700. „... Nur eine verwittwete Perſon muß, wenn ſie Ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung (ſich nicht wieder zu verehelichen) erfüllen ...“ [3])

Bürg. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2136. „Die *von einem Ehegatten* ſeiner letztwilligen Verfügung beigefügte Bedingung, wenn der überlebende Ehegatte nicht wieder heirathen werde, iſt gültig.“ [4])

---

und dabei angeordnet hatte: auch die andere Hälfte ſollten ſie alle zu gleichen Theilen erben, die Mädchen jedoch nur dann, wenn ſie ſich nicht verheirathen. (*Glaſer* und *Unger*, Samml. von civilrechtl. Entſcheid. des k. k. oberſten Gerichtshofes I. 487.)

[1]) *Siebenhaar*, Comment. III S. 253 bemerkt dazu: dieſer Satz könne als ſelbſtverſtändlich angeſehen werden, derſelbe ſei aber beigefügt worden, um den Gegenſatz zwiſchen einer *unter der Bedingung* des eheloſen Standes und einer *für die Dauer* des letzteren getroffenen Verfügung noch ſchärfer hervorzuheben.

[2]) S. *Stryk* l. c. cap. XVI § 35. De conditione viduitatis. *Gebr. Overbeck* Medit. V. nr. 301. *Cramer*, Wetzlarſche Nebenſtunden Th. 12 S. 68—72. *W. Sell* a. a. O. S. 178 f.

[3]) Vergl. Terent. Clemens l. 62 § 2 D. de cond. et dem. (35, 1): Quum vir uxori, „si a liberis ne nupserit,“ in annos singulos aliquid legavit, quid juris sit? Julianus respondit, posse mulierem nubere, et legatum capere. Quodsi ita scriptum esset: „si a liberis impuberibus ne nupserit,“ legem locum non habere, quia magis cura liberorum, quam viduitas injungeretur.

[4]) Dies iſt auch die Anſicht der Franzöſiſchen Jurisprudenz: Au contraire sont

Unser Landrecht enthält allerdings im § 11 Tit. 4 Th. I die ausdrückliche Vorschrift:

„Auch ist Niemand an eine Willenserklärung gebunden, wodurch er seinen Wittwenstand nicht zu ändern angelobt hat."

woraus man, in Verbindung mit dem oben angeführten § 136 und dem § 63 dieses Titels, schließen sollte, daß eine solche Bedingung in letztwilligen Verordnungen als nicht hinzugefügt anzusehen sei. Dagegen bestimmt wieder der § 120 Tit. 4:

„Ist Jemanden ein Recht oder Vortheil unter der Bedingung, daß er seinen verwittweten Stand nicht ändere, eingeräumt worden, so kann derselbe, wenn er sich wieder verheirathet, die gezogenen Nutzungen herauszugeben, niemals angehalten werden."

Hier ist also einer auflösenden Bedingung der gedachten Art an sich rechtliche Wirksamkeit beigelegt und nur jede rückwirkende Kraft abgesprochen.

cc. Die Bedingung nach der Willkür eines Dritten zu heirathen, wird von den römischen Juristen entschieden verworfen.[1])

---

valables . . . la condition de ne pas se remarier, alorsque la condition est apposée à une libéralité faite par le conjoint.

Les Codes annotés de Sirey (edit. par Gilbert, Paris 1862) T. I p. 387 nr. 27.

Der Entwurf eines bürg. Gesetzb. für das K. Bayern hat keine Bestimmung aufgenommen, welche die Beibehaltung des Wittwenstandes überhaupt oder unter Umständen für eine unzulässige Bedingung erklärt. In den Motiven (S. 27) wird hierüber gesagt: Die Bedingung, eine Ehe überhaupt nicht oder eine weitere Ehe nicht einzugehen, beruht erfahrungsgemäß sehr häufig auf wohlgemeinten und sonst unverwerflichen Intentionen und Betrachtungen. Ueberdieß wurzelt die Annahme der Unzulässigkeit dieser Bedingung nach dem bisher bestehenden Rechte in einer antiquirten und jedenfalls über das richtige Maß ausgedehnten Bestimmung des röm. Rechts. Das Gesetz kann hier nicht von der Vermuthung ausgehen, solche Bedingungen seyen in der Absicht, um die Ehe als ein sittliches Institut zu hindern, und um damit der Unsittlichkeit Vorschub zu leisten, festgesetzt. Selbst unter der Annahme der Unzulässigkeit der auf die Ehelosigkeit oder auf die Nichtwiederverehelichung schlechthin gestellten Bedingung müßte man jedenfalls eine Ausnahme für den Fall zulassen, daß eine wohlmeinende Intention für die Interessen der mit der Bedingung bestrickten Person oder ihrer Kinder zu Grunde liegt. Dieß würde aber zu einer unerträglichen und meist erfolglosen Erforschung der innersten Verhältnisse von Personen und Familien führen.

[1]) Paul. l. 28 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Filiae suae ita quis legavit: „si Atlia, filia mea, arbitratu Lucii Titii nupserit, el tot heres meus dato." Titio ante testatorem mortuo Attia nupserat; quaerebatur, an legatum

So verordnet auch das Revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 8 Art. 3 § 4:

„Und obwol, Vermöge der Rechten, alle Legata, so mit Condition und Beding geschehen, zuvor nicht gelten, biß das angehengte Beding und Condition erscheinet, vollführet und erstrecket wird: So ist doch solches von denen Conditionen und Bedingen nicht zu verstehen, die im Rechten für nicht angehengt oder gesetzt verstanden werden: Als, da einer Jungfrawen oder Wittwen derogestalt etwas legiret und verschafft wird, wofern sie sich nach eines andern oder dritten Willen verheyrathet. Dann solcher Anhang und Condition, damit die Ehe verbindert, für nicht gesetzt gehalten wird."

Desgleichen das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2135:

„Die Bedingung, wenn der Bedachte . . . nach Willkühr eines Dritten heirathen werde, ist als eine den guten Sitten widerstreitende zu betrachten." [1])

Eine solche unbedingte Verwerflichkeit läßt sich jedoch nicht annehmen. [2])

---

ei deberetur. Respondit, deberi. — Papin. l. 72 § 4 eod.: „Si arbitratu Titii Seja nupserit, heres meus ei tantum dato." Vivo Titio etiam sine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere respondendum est. Eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur. Sed si Titius vivo testatore decedat, licet conditio deficit, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succurretur.

[1]) Dieselbe Vorschrift enthalten die Entwürfe eines bürg. Gesetzb. für das Großh. Hessen (Abth. III Art. 61) und für das K. Bayern (Th. I Art. 55). In den Motiven des Letzteren (S. 27) wird hierüber bemerkt: Die Bedingung: eine nach der Willkür eines Dritten zu bestimmende Person zu ehelichen, steht im Widerspruche mit dem Wesen dieses Vertrages, welcher auf sittliche Rücksichten und auf freie Selbstbestimmung gegründet sein soll. Sie würdigt denselben zu einer bloßen Vermögensspekulation herab und ist überdieß geeignet, in Folge der Willkür des Dritten gleichfalls der Unsittlichkeit, nämlich durch Ehelichung mit einer unehrbaren Person, Vorschub zu leisten. (Vergl. dagegen J. J. Laug's krit. Beleuchtung des Bayerischen Entw. Heft 1 S. 84 f.). Auch die Französische Jurisprudenz erachtet für nicht geschrieben: la condition de ne se marier que du consentement d'un tiers, à moins que ce tiers ne soit pas la personne dont le consentement est exigé par la loi. (Les Codes annotés de Sirey, edit. par Gilbert, Par. 1862, T. I p. 387 nr. 11.)

[2]) So bemerkt v. Kreittmayr a. a. O. p. 1018 mit Recht: „Ein Anderes ist, wann die Condition nur auf Rath und Beistand eines Dritten lautet, consilium enim non imponit necessitatem, nec adimit libertatem. Desgl. Unger System des österr. Privatr. II S. 86: Die Bedingung, sich durch fremdes Gutdünken bei der Wahl eines Ehegatten leiten zu lassen, ist wohl für zulässig zu halten.

Es kommt Alles auf die Lage des concreten Falles, insbesondere auf die Persönlichkeit des unter einer solchen Bedingung Bedachten so wie des Dritten und auf das Motiv jener Beschränkung an, die unter den obwaltenden Umständen als eine dem eigenen Wohle des Bedachten durchaus entsprechende Maßregel erscheinen kann.

dd. Die Bedingung eine bestimmte Person zu heirathen, ist der Regel nach für zulässig zu halten,[1]) vorausgesetzt, daß dem Bedachten dadurch nicht etwas Unehrbares oder Gesetzwidriges zugemuthet wird. Die Bedingung gilt daher für nicht beigefügt, wenn jene Person eine solche ist, welche der Bedachte anständiger Weise nicht heirathen kann,[2]) oder wegen eines indispensablen Ehehindernisses nicht heirathen darf.[3])

---

[1]) Papin. l. 71 § 1 D de cond. et dem. (35, 1): Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem, quae vidna est, dncat. Conditio non remittetur, et ideo nec cautio remittenda est. Hnic sententiae non refragatur, qnod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non dncat, praetor actionem denegat. Alind est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, alind ad testamentum (matrimonium) certa lege invitari.

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 8 Art. 3 § 4: „... Sonst mag aber auch ein jeder mit Maaß auß sonderm Unterschied und Bescheidenheit legiren und verordnen, und dieselbe seine Verordnung seines Gefallens vergönnen, also: Ich legire und verordne meine Behausung, Garten ꝛc. dem N., doch anders nicht, dann sofern er seine Tochter meinem Sohne zu einem Weib giebt ..."

[2]) Gaj. l. 63 § 1 D. do cond. et dem. (35, 1): Videamns, et si ita legatum sit: „si Titio nupserit." Et quidem si honeste Titio possit nubere, dubium non erit, quin, nisi paruerit conditioni, excludatur a legato. Si vero indignus sit nuptiis ejus iste Titius, dicendum est, posse eam beneficio legis cuilibet nubere; quae enim Titio nubere jubetur, ceteris omnibus nubere prohibetur. Itaque si Titius indignus sit, tale est, quale si generaliter scriptum esset: „si non nupserit." Imo, si verum amamus, durior haec conditio est, quam illa: „si non nupserit." Nam et ceteris omnibus nubere prohibetur, et Titio, cui inhoneste nuptura sit, nubere jubetur.

Großherz. Hessischer Entwurf Abth. III Art. 61. „Die Bedingung — ist den Gesetzen zuwider ... daß der Bedachte eine bestimmte Person ehelichen solle, welche er anständiger Weise nicht ehelichen kann ..." Bayerischer Entw. Th. I Art. 55 „... Unerlaubt ist die auf Ehelichung einer unehrbaren ... Person gerichtete Bedingung." So nimmt auch die Französ. Jurispr. an: au contraire, est valable la condition d'épouser une personne déterminée, à moins que par ces moeurs cette personne ne soit indigne de cette union. (Les Codes annotés de Sirey Vol. I p. 387 nr. 21.)

[3]) Schilter, Exerc. ad P. 38 § 101: Quid si quis institutus heres, „si consobrinam duxerit." Etsi vero edictis principum et canonibus ecclesiasticis haec conditio videtur contrariari, quum nuptiae in illo gradu sint prohi-

ee. Umgekehrt gilt auch die Bedingung, eine beſtimmte Perſon nicht zu heirathen.[1])

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 700. „Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar eine beſtimmte Perſon nicht heirathe, kann gültig auferlegt werden.“ [2])

b. So wenig die Freiheit der Eheſchließung durch Bedingungen beeinträchtigt werden darf, ebenſowenig ſind Bedingungen zuzulaſſen, welche auf die Trennung einer Ehe abzwecken.[3])

---

bitae; attamen quum hujus prohibitionis relaxatio et dispensatio ex causa justa impetrari possit atque soleat, conditio pro impossibili habenda non videtur, sed pro mixta: debet igitur institutus ita facere quod potest et petere dispensationem: quod si hanc princeps aut senatus ecclesiasticus improbaverit, tunc demum habetur conditio pro non adjecta, et valebit institutio.

Daſſelbe nimmt auch die Franz. Jurisprudenz an ſ. Les Codes annotés de Sirey Vol. I p. 387 nr. 22. 23.

[1]) Gaj. l. 63 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Quum ita legatum sit: „si Titio non nupserit,“ vel ita: „si neque Titio, neque Sejo, neque Maevio nupserit,“ et denique si plures personae comprehensae fuerint, magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum, nec videri tali conditione viduitatem injunctam, quum alii cuilibet satis commode possit nubere.

Terent. Clem. l. 64 pr. eod.: Hoc modo legato dato: „Si Lucio Titio non nupserit,“ non esse legi locum, Julianus ajebat. § 1 Quod si ita scriptum esset: „Si Ariciae non nupserit,“ interesse, an fraus legi facta esset. Nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire: interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum . . .

[2]) Mit Recht wird dieſe Vorſchrift dahin aufgefaßt, daß es ſich nur um eine individuell beſtimmte Perſon handeln müſſe. Unger, Syſtem II. § 82 Note 107. — In der Franzöſi. Jurisprudenz ſtehen ſich die Anſichten entgegen. Die eine geht dahin: Sont réputées non écrites . . . la condition de ne pas épouser une personne nominativement désignée, et surtout une personne dont le légataire a un enfant naturel — eine andere dahin: Au contraire, sont valables . . . la condition de ne pas épouser une personne déterminée, à moins que les lois de l'honneur ou de la conscience ne prescrivent au legataire d'épouser cette persone. (Les Codes annotés de Sirey Vol. I p. 387 nr. 10, 25.)

[3]) Ulp. l. 8 § 1 D. de usu et hab. (7, 8): Sed si usus aedium mulieri legatus sit ea conditione: „si a viro divortisset,“ remittendam ei conditionem, et cum viro habituram, quod et Pomponius libro quinto probat.

l. 5 C. de inst. et subst. (6, 25): Reprehendenda tu magis es, quam mater tua: illa enim si heredem te sibi esse vellet, id, quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non juberet: tu porro voluntatem ejus divortio comprobasti. Oportuerat autem, etsi conditio hujus

Allerdings ist die Ehescheidung an sich nicht moralisch verwerflich. Ja, es lassen sich sehr wohl Fälle denken, wo sie gerade durch die Rücksichten auf Ehrbarkeit und Wohlanständigkeit geboten erscheint. Allein es muß hier jeder, auch nur indirekter Zwang, fern gehalten werden. Es ist daher nicht zuzulassen, daß ein Dritter diese Freiheit des Entschlusses beeinträchtige, indem er letztwillige Zuwendungen zu Gunsten des einen oder andern Ehegatten von der Trennung der Ehe abhängig macht, vielmehr ist einer solchen Bedingung jede Wirksamkeit zu versagen.[1])

c. Die Zulässigkeit der einem Erben oder Legatar auferlegten Bedingung, das Religionsbekenntniß zu ändern oder nicht zu ändern, ist der Gegenstand einer vielfach behandelten

---

modi admitteretur, praeferre lucro concordiam maritalem. Enim vero cum boni mores haec observari vetent, sine ullo damno conjunctionem retinere potuisti.

[1]) Wächter, Handb. des Württ. Privatr. II S. 724, 725: An sich erlaubte und nicht unsittliche Handlungen können in manchen Fällen unzulässige Bedingungen bilden. Dahin gehören Bedingungen, durch welche die Ehescheidung gefördert werden soll, weil das Gesetz, wenn es auch Scheidung zuläßt, ihr doch nicht besonderen Vorschub geleistet wissen will, also wenn Jemanden Etwas versprochen (zugewendet) wird, unter der Bedingung, sich scheiden zu lassen.

Von andern Gesichtspunkten geht der Entwurf eines bürg. Gesetzb. für das K. Bayern aus, in dessen Motiven (S. 26) gesagt ist: Nach den Ehegesetzen kommt es in der Regel in Folge eines willkürlichen Verlangens der Ehetheile noch nicht zur Scheidung. Durch diese Bedingung wird daher vorerst der Ehescheidung unmittelbar kein Vorschub geleistet und es kann nur von einem unzulässigen Einflusse auf den Entschluß die Scheidung vor der zuständigen Behörde zu verlangen die Rede seyn. Die Trennung einer Ehe ist ferner kein Ereigniß, welches vom Gesetze allgemein gemißbilligt werden kann; sie kann oft zum Wohle des sie verlangenden Ehetheils oder beider gereichen. Bei der Einwirkung, welche die Zusage eines Vortheils oder die Auflage eines Nachtheils auf den Entschluß, die Ehetrennung zu verlangen, bezweckt, kann daher eine völlig unverwerfliche, oft eine löbliche Absicht obwalten. Eine verwerfliche würde z. B. dann vorliegen, wenn der Ehetheil, welcher hinsichtlich eines Scheidungsgrundes dem anderen verziehen hat, durch einen Vermögensvortheil zur Geltendmachung der Ehescheidung bestimmt werden soll. Die Ermittlung solcher verwerflicher Absichten bei der Festsetzung der Bedingung aber würde zu einem unzulässigen Eindringen in eheliche Geheimnisse führen. Es erscheint daher gerechtfertiget, die fragliche Bedingung hier nicht aufzuführen.

Streitfrage.[1]) Es stehen sich hier drei Hauptmeinungen gegenüber. Die eine erklärt eine solche Bedingung unbedingt für unzulässig,[2]) die zweite hält sie unbedingt für zulässig,[3]) die dritte macht die Beurtheilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von der Beschaffenheit des individuellen Falles abhängig.[4])

Die erste Ansicht verdient wohl den Vorzug. Sie ist auch diejenige, welche nach den Grundsätzen unseres Landrechts allein für die richtige gehalten werden kann.

---

[1]) Vergl. Gründler, Polemik des german. Rechts I § 120 und die daselbst angeführten älteren Schriftsteller. — Gebr. Overbeck, Meditat. VII Nr. 364. Hymmen, Beyträge zur jurist. Litterat. Samml. V S. 144—156. (Von dem Rechte eines jüdischen Vaters, im Testamente dasjenige von seinen darin eingesetzten Kindern von der Erbschaft ganz oder zum Theil auszuschließen, wenn es nicht bei der jüdischen Religion bleibt.) — W. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts Th. II (Gießen, 1834) S. 142—154. — Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Com. B. 41 S. 104—106. Bluntschli, deutsches Privatr. § 26 Anmerk.

[2]) So Sell und Mühlenbruch a. a. O. Jäger in der Gießer Zeitschr. III Nr. XVI. Sintenis, prakt. gem. Civilr. I S. 178 Note 53. Keller, Pandekten § 51.

[3]) Thibaut, System § 954. Seuffert, Pandekten § 536 Note 4. Bangerow, Pandekt. I S. 158, 159. Wächter, Handb. des Württ. Privatr. II § 96 Note 18.

[4]) Puchta, Vorles. I S. 137. Arndts im Rechtslex. III S. 936 Note 172. Walter, System des deutsch. Privatr. § 77. Bluntschli, deutsch. Privatr. § 26 Anmerk. (3. Auflage). Unger, Syst. der österr. Privatr. II § 82 S. 86 f.

Eines eigenthümlichen Standpunktes bei Beurtheilung der Streitfrage gedenkt v. Kreittmayr (Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III p. 1019 f.), welcher bemerkt: „Die Condition, wann man seine Religion ablegt, und eine andere annimmt, will zwar von Lauterbach mit Muellero, Struvio, Strauchio, Schilter, Ziegler, Harprecht und anderen überhaupt ohne Absicht auf diese oder jene Religion pro turpi et moraliter impossibili, mithin pro non adjecta angesehen werden, weil es ihrer Meinung nach allemahl eine schlecht und unverantwortliche Sache ist, aus bloßem Antrieb zeitlichen Gewinns das Ewige in die Schanz zu schlagen und den wenigist in seinem Sinn für wahr gehaltenen Glauben mit einem anderen derentwillen zu vertauschen, allein in praxi et foro contradictorio kommt es allemahl hauptsächlich auf die Religion desjenigen an, der in Sachen zu judiciren hat. Ein Catholischer Richter wird zwar wohl die Condition: wann Sejus den Catholischen Glauben verlassen und einen anderen annimmt, nicht aber vicissim, wann er den Catholischen annimmt und einen anderen verlaßt, pro turpi et non adjecta ansehen, und es ist schwerlich zu glauben, daß er sich mit deme, was obige Authores beybringen, so leicht eines andern werde bereden lassen."

Mit Recht macht Mühlenbruch a. a. O. für dieſe Anſicht geltend:

> Eine ungebührliche Beſchränkung der perſönlichen Freiheit, wenn ſie gleich nur indirect ausgeſprochen iſt, ſoll eben ſo wenig geduldet werden, als eine Einwirkung auf religiöſe Ueberzeugungen durch die Triebfeder des Eigennutzes und der Gewinnſucht. Es dürfen alſo Gewiſſens- und Glaubensfreiheit auf keinerlei Weiſe beeinträchtigt werden, weder geradezu, noch auf die Weiſe, daß man Jemandem die Alternation ſtellt, entweder gegen ſeine religiöſen Ueberzeugungen zu handeln, oder auf einen Gewinn zu verzichten. Allerdings bleibt der Menſch nichtsdeſtoweniger Herr ſeines Willens: allein bleibt er dies nicht auch, wenn ihm die Bedingung gemacht wird, nicht zu heirathen? Aber die Luſt am Gewinn wird nur zu leicht das Gewiſſen einſchläfern, oder die Täuſchung hervorrufen, als ob das Bedungene nicht nach dem Willen des Anderen, ſondern freiwillig und gerne geſchehe. Verlockungen dieſer Art aber ſollen nicht Statt finden; das iſt entſchieden im Röm. Recht ausgeſprochen. Man wende dagegen auch nicht ein, daß ja doch die Bedingung, eine beſtimmte Perſon zu heirathen, eine giltige ſey. Immerhin mag dies eine inconſequente Beſtimmung ſeyn; ſie bleibt jedenfalls eine Ausnahme von der Regel, welche perſönliche und Gewiſſens-Beſchränkungen verbietet, mithin iſt es eine ganz unzuläſſige Argumentation: weil einzelne Auflagen zugelaſſen werden, welche indirect die Handlungs- und Gewiſſensfreiheit beſchränken, ſo ſey dadurch jene Regel ſelbſt aufgehoben! Muß man nun dieſe Regel zugeben, ſo folgt auch, daß die aufgeworfene Frage unbedingt zu bejahen und alle obigen Diſtinctionen zu verwerfen ſeyen, indem die Gewiſſens- und Religions-Freiheit durch alle oben erwähnten Bedingungen auf gleiche Weiſe beſchränkt wird.[1])

---

[1]) Vergl. Schilter, Exerc. ad P. 38 § 100: ... Equidem mutatio religionis per se non est res turpis, alias ad veram a falsa non liceret converti. Praeterea quum religiones in Imperio Germanico plures lege publica ita approbatae sint, ut sine crimine ab una ad alteram transire liceat, sequitur, et talem transitum non esse turpem .... Verum tamen est, conditionem institutioni adjectam, si religionem mutaverit, esse turpem et impossibilem de jure, adeoque pro non adjecta haberi. Ratio vero turpitudinis consistit in hoc, quod traductio ad aliam religionem et mutatio pristinae debet fieri ex conscientia et fide atque orthodoxiae agnitione in nova, non vero captatione lucri, hereditatis et bonorum temporalium, peccatum ergo est. — So zählt auch Keller a. a. O. die Bedingung, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, unter die Fälle, wo eine an ſich tadelloſe Handlung gerade dadurch einen unſittlichen Charakter annimmt, daß ſie zur Bedingung eines Rechtsgeſchäftes gemacht wird. Er bemerkt in Beziehung auf den von den Gegnern hervorgehobenen Umſtand, daß ja auch die Heirath mit einer beſtimmten Perſon zur Bedingung gemacht werden könne, obgleich es auch unſittlich ſei, um ökonomiſchen Gewinnes Willen eine Heirath zu ſchließen: Gerade hier zeige ſich der Unterſchied ſogleich. Es

In Preußen hat sich die Gesetzgebung mehrfach mit dieser Frage beschäftigt und zwar in Beziehung auf die von Juden zu dem Zwecke getroffenen letztwilligen Verordnungen, um ihre Kinder und Anverwandten dem Glauben ihrer Väter zu erhalten. — Noch vor der Einführung des Allgem. Landrechts erging, in Veranlassung eines Spezialfalles (des Moses Isaacschen Prozesses), am 20. Oktober 1786 eine Kabinets-Ordre,[1]) welche bestimmte:

> daß die von jüdischen Erblassern errichteten und bereits publizirten Testamente und letzte Willensverordnungen, wodurch dieselben ihren Kindern und Anverwandten, Erbschaften, Legate, oder andere Vortheile, nur unter der Bedingung, wenn sie bey der jüdischen Religion beharren würden, zugewendet, zwar in Ansehung des Vergangenen gültig seyn, für die Zukunft aber, zum Nachtheil der christlichen Religion nicht ferner statuirt werden sollten.

Ihr folgte bereits am 4. November 1786[2]) eine anderweitige Kab.-Ordre, worin sich die Allerhöchste Willensmeinung noch näher dahin aussprach:

> „daß von nun an, in allen von Erblassern jüdischer Nation künftig zu errichtenden, so wie in den noch nicht publizirten Testamenten und andern letztwilligen Dispositionen die mit Zuwendung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses, oder andern Vortheils verbundene Bedingung: wenn der Erbe oder Legatarius bey der jüdischen Religion beharren; oder wenn er zur christlichen Religion nicht übergehen würde, für nicht geschrieben und unverbindlich geachtet; mithin dergleichen Erbschaft oder Legat demjenigen, welchem sie zugedacht worden, ohne daß derselbe an diese Bedingung gebunden sey, verabfolgt, und gelassen werden solle."

Im Jahre 1804 (also unter der Herrschaft des Allgem. Landrechts) kam abermals ein wichtiger Rechtsfall vor, betreffend das von einem Schutzjuden in seinem Testamente vom 23. October 1774 errichtete Familien-Fideicommiß, worin den Fiduciarien die Befugniß ertheilt war, denjenigen Anwärter, der die Mosaischen Gesetze oder gar die Religion seiner Väter verlasse, von dem Fideicommisse auszuschließen. Ueber die Gültigkeit einer solchen Bestimmung wurde eine allgemeine gesetzliche Entscheidung erbeten, diese jedoch durch die Kab.-Ordre vom

---

sei allerdings nicht unsittlich, bei einer Heirath die ökonomischen Verhältnisse mit in Anschlag zu bringen, wohl aber sei bei einer Religionsänderung selbst das verwerflich. Dabei sollen ökonomische Rücksichten in gar keine Betrachtung fallen.

[1]) abgedruckt in Mathis Jurist. Monatsschrift IV S. 242.

[2]) Nov. Corp. Const. VIII S. 197. Rabe, Samml. I, 7 S. 531.

12. Juni 1804 [1]), unter Hinweisung auf den Immediat-Bericht des Großkanzlers v. Goldbeck vom 6. Juni 1804, aus dem Grunde abgelehnt,

„weil die Frage, welche dadurch außer Streit gesetzt werden soll:

ob ein Nutznießer oder Anwarter des ꝛc. Fideicommisses, wenn er jetzt zur christlichen Religion übergeht, dieserhalb vom Fideicommisse ausgeschlossen werden könne, oder ob ihm die Nutzung und Anwartschaft dieses Fideicommisses dennoch nach wie vor gelassen werden müsse?

bereits durch die Landesgesetze klar und deutlich (zum Vortheil des Anwarters) entschieden ist." [2])

Es wird kaum der Erwähnung bedürfen, daß wir es hier nicht mit Ausnahmeverordnungen, welche zu Gunsten der christlichen Religion erlassen sind, zu thun haben. Das Gegentheil ergibt schon der erwähnte Bericht des Großkanzlers v. Goldbeck, welcher sich auf die allgemeinen Vorschriften des Landrechts über die Wahrung der Glaubens- und Gewissensfreiheit — also auf Grundsätze stützt, die für alle Staatsbürger, ohne Unterschied des Religionsbekenntnisses, gleichmäßig gelten. Außerdem ist in Betreff der Ansichten der Redactoren unseres Landrechts auf die von Bornemann, Systemat. Darst. des Preuß. Civilr. I. S. 112 f. (2. Ausg.) mitgetheilten Materialien zu verweisen. [3])

Anlangend die neueren Gesetzgebungen, so bestimmt:

das bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2137. „Die Bedingung, wenn der Bedachte oder der Beschwerte oder ein Dritter [4]) die

---

[1]) Amelang, N. Archiv VI. S. 110. Rabe, Samml. VIII S. 101.

[2]) Das Geh. Ob.-Trib. hat diesen Rechtsfall durch das Erkenntniß vom 28. September 1807 zwar nach der entgegengesetzten Ansicht entschieden, jedoch nur mit Rücksicht darauf, daß die betreffende letztwillige Verordnung bereits vor der K. O. vom 4. November 1786 errichtet war.

Der Rechtsfall mit den Entsch. ist mitgetheilt in Mathis IV, S. 237—297 und V. S. 137—148.

[3]) Die Gesetz-Revisoren (Pensum XVI S. 190, 191) bemerken in dieser Hinsicht: Aus den Materialien des A. L. R. geht ganz unzweifelhaft hervor, daß die Bedingung, die Religion zu ändern, oder nicht zu ändern, zu den verbotenen gezählt wurde, und die von Suarez dafür angeführten Gründe sind auch ganz überzeugend.

Auch Temme, Lehrb. des Civilr. I S. 127, ist der Ansicht, daß eine solche Verpflichtung zur Aenderung oder Beibehaltung der Religion entweder eine Beschränkung der Gewissensfreiheit oder eine freche Verhöhnung des Heiligsten enthalte und also unerlaubt sei.

[4]) J. J. Lang in seiner kritischen Beleuchtung des Bayerischen Entwurfes eines

Religion oder Confeſſion ändern oder nicht ändern werde, iſt als nicht beigefügt zu betrachten. Anwartſchaften zu Gunſten von Familiengliedern, ſofern ſie einer gewiſſen Confeſſion angehören, ſind zuläßig."

der Entwurf eines bürg. Geſetzb. für das Großh. Heſſen Abth. III Art. 62. „Dem Geſetze zuwider iſt auch die Bedingung, daß der Bedachte das Religionsbekenntniß ändere oder nicht ändere" [1])

der Entwurf eines bürg. Geſetzb. für das K. Bayern Th. I Art. 55. „Die auf die Vornahme oder Unterlaſſung eines Religionswechſels geſtellte Bedingung gilt dann als unerlaubt, wenn anzunehmen iſt, daß durch deren Feſtſtellung auf die Willensbeſtimmung des anderen Theiles eine Einwirkung beabſichtigt wird. [2])

---

bürg. Geſetzb. (Heft 1 München, 1861 S. 86) erklärt es für übertrieben, wenn der Sächſiſche Entwurf auch die Aenderung oder Nichtänderung der Religion von Seiten eines Dritten, dem eine letztwillige Zuwendung nicht zugedacht iſt, von den zuläßigen Bedingungen ausſchließt, indem er bemerkt, daß die Motive dieſe Uebertreibung auch nicht durch die Beſorgniß zu rechtfertigen vermögen, daß der Honorirte ſich veranlaßt finden könnte, auf den Entſchluß des Dritten einzuwirken.

[1]) Motive (S. 49): Die Bedingung, daß der Bedachte das Religionsbekenntniß ändere oder nicht ändere, kann nicht zu den moraliſch unmöglichen gezählt werden; denn in dem Uebertritte von der einen Religion zu der andern liegt, wenn er, worüber der weltliche Richter nicht zu urtheilen vermag, eine Folge der Ueberzeugung iſt, keine unmoraliſche Handlung. Nichts deſto weniger muß der Staat die Bedingung verbieten, denn er ſoll die Gewiſſensfreiheit ſchützen, und darf deswegen nicht zugeben, daß an ſich erlaubte Rechtsgeſchäfte dazu benutzt werden, durch das Anbieten weltlicher Vortheile die innere Ueberzeugung zu beſtechen.

[2]) Motive (S. 26): Darüber, daß ohne dieſe verwerfliche Abſicht die fragliche Bedingung eine zuläßige ſei, beſteht allerſeits Uebereinſtimmung; nämlich wenn es ſich nicht gleichſam um einen Preis für die Annahme oder für das Feſthalten einer beſtimmten Religion handelt, ſondern der Verſprechende entweder gewiſſe Vortheile nur Jenen zuwenden will, welche im Glauben mit ihm übereinſtimmen oder ſeinen wegen ihres Glaubensbekenntniſſes von Außen bedrängten Glaubensgenoſſen für den Fall ihrer Bekenntnißtreue Subſiſtenzmittel zuwendet . . . eine Erforſchung, welche in Fällen, in denen es an erkennbaren unverwerflichen Beweggründen fehlt, aus der Faſſung der Verfügung und aus den Verhältniſſen der betheiligten Perſonen als keine allzuſchwere Aufgabe des Richters erſcheint.

J. J. Lang in ſeiner kritiſch. Beleuchtung des gedachten Entwurfes (Heft 1 S. 86) will dagegen die Beſtimmung des erſten Abſatzes des Art. 55 ganz allgemein dahin gefaßt wiſſen: „Die einer Perſon auf die Vornahme oder Unterlaſſung eines Religionswechſels geſtellte Bedingung iſt unerlaubt," indem er bemerkt: der Nachſatz würde, um mit den Motiven zu ſprechen, zu einer unerträglichen und meiſt erfolgloſen Erforſchung der innerſten Verhältniſſe und Intentionen führen.

Auch die Franzöſiſche Jurisprudenz zählt zu den Bedingungen, welche als

Stiftungen, Hausgesetze und Familienfideicommisse, bei welchen ein bestimmtes Religionsbekenntniß als Bedingung eines Rechtserwerbes gesetzt ist, werden durch diese Bestimmung nicht berührt ..."

d. Einer ganz gleichen Beurtheilung unterliegt die einer letztwilligen Zuwendung beigefügte Bedingung, daß der Honorirte seine Kinder in einer bestimmten Religion erziehen lasse.

Erkenntniß des L. G. zu Wolfenbüttel vom 22. Januar 1833: Die Bedingung, die Kinder in einer bestimmt vorgeschriebenen Religion erziehen zu lassen, verletzt gleich den Bedingungen, die Religion zu ändern oder beizubehalten, die moralische Selbständigkeit, indem sie durch Zusicherung äußerer Vortheile eine Handlung zu bezwecken sucht, welche nach den Begriffen der Vernunft lediglich der eigenen Wahl und der inneren Ueberzeugung anheimgestellt werden muß,

Zeitschr. für Civ. R. u. Proc. B. 3 Nr. 16 S. 310 ff.,

und ist mithin als unmoralisch und gegen die guten Sitten verstoßend, nicht zu beachten.

Fr. 9, 14, 27 pr. de condit. instit. (28, 7); Cod. Napol. art. 900.

(Seuffert, Archiv XII Nr. 277.)

---

§ 64. «Bedingungen, die ganz unverständlich gefaßt, oder zwar überhaupt vorbehalten, aber worin sie bestehen sollen, nicht ausgedrückt worden, sind den unmöglichen gleich zu achten.»

59. a. Unverständliche Bedingungen.

Indem unser Landrecht dieselben den unmöglichen Bedingungen gleichstellt, legt es ihnen von selbst die Wirkung bei, die letztwillige Verfügung zu vernichten,[1]) übereinstimmend mit der Vorschrift des § 132 Tit. 4:

„Ein Gleiches geschieht (die ganze Willenserklärung wird ent-

---

nicht geschrieben betrachtet werden: la condition de vivre et mourir dans une religion spécialement désignée. (Les Codes annotés de Sirey Vol. I p. 387 nr. 15.)

Vergl. auch Brauer, Erläut. über den Code Napoleon ꝛc. B. 2 S. 323, welcher bemerkt: Bei einem Vermächtniß unter dem Beding seine Religion zu ändern, würde diese Bedingung dem Gesetz entgegen sein, weil sie die Religion dessen angreift, dem sie auferlegt ist, aber ebenso auch die Bedingung, eine gewisse Religion beizubehalten, weil sie die Religion Anderer angreift. Religion soll und darf kein Gegenstand bürgerlicher Verbindlichkeiten werden . . .

[1]) Vergl. § 504 d. T. Hiermit stimmt auch der Großh. Hessische Entwurf

kräftet), wenn Bedingungen beigefügt worden, deren Sinn, und wie ſie erfüllt werden ſollen, ganz unverſtändlich iſt."

Es findet daher hier eine Abweichung vom röm. Rechte ſtatt.[1])

Alfen. Var. l. 2 D. de his quae pro non scrip. (34, 8): Quae in testamento scripta essent, neque intelligerentur, quid significarent, ea perinde sunt, ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsa valent.[2])

Dem römiſchen Recht ſchließt ſich das Oeſterr. bürgerl. Geſetzbuch an, welches beſtimmt:

§ 697. „Ganz unverſtändliche Bedingungen ſind für nicht beygeſetzt zu achten."

b. Widerſinnige Bedingungen (ſ. g. conditiones perplexae).

Dieſe machen auch nach römiſchem Recht die ganze Verfügung ungültig, weil ſie in dieſelbe einen unlösbaren inneren Widerſpruch bringen.[3])

überein, welcher Abth. III Art. 60 vorſchreibt: „Eine letztwillige Verfügung, deren Vollziehung ... an eine unverſtändliche Bedingung geknüpft iſt, bleibt ohne Wirkung." Ebenſo der Bayeriſche Entwurf Th. I Art. 58. „Eine Bedingung, welche ganz unverſtändlich iſt oder mit ſich ſelbſt oder mit der Natur des Rechtsgeſchäftes, welchem ſie beigefügt iſt, im Widerſpruche ſteht, wird einer unmöglichen gleichgeachtet." Beachtungswerth ſind die Motive des Letzteren, worin geſagt iſt (S. 28): Iſt die einem Rechtsgeſchäfte beigefügte Bedingung entweder ganz unverſtändlich oder ſteht dieſelbe entweder mit ſich ſelbſt oder mit der Natur des Rechtsgeſchäfts im Widerſpruch, ſo iſt doch immerhin ſo viel gewiß, daß die Zuſage an den Eintritt eines Ereigniſſes geknüpft werden wollte, daß ſomit nur ein bedingter Verpflichtungswille vorliege. Iſt es nun völlig unerforſchbar, was geſchehen ſollte, damit entweder die Zuſage in Wirkſamkeit trete oder damit ein bereits wirkſam geſchaffenes Rechtsverhältniß wieder aufgelöſt werde, ſo müſſen dieſelben Folgen eintreten, welche für unmögliche Bedingungen feſtgeſetzt ſind.

[1]) Es beruht auf einem Irrthum, wenn Unger, das öſterr. Erbrecht § 16 Note 13 hier eine Uebereinſtimmung des § 64 unſeres Titels mit dem röm. Rechte findet.

[2]) l. 73 § 3 D. de R. J.: Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent.

[3]) Vergl. Mühlenbruch, Fortſetz. des Glück'ſchen Com. B. 41 S. 131 f.

Das Baieriſche Landrecht (Cod. Max. Bax. civ.) verwechſelt die perplexen Bedingungen mit den unverſtändlichen, indem es Th. III Kap. 3 § 10 vorſchreibt: „... item Conditiones perplexae, welche nämlich ſo verwirrt und ſo dunkel ſind, daß man nicht weiß, was der Teſtator damit gewollt ... werden in letztwilligen Dispoſitionen überhaupt, mithin auch in Teſtamenten pro non adjectis und dergleichen Erb-Einſetzung allezeit pro pura gehalten ..."

Richtig bemerkt v. Kreittmayr in Betreff der conditiones perplexae:

Celsus l. 188 pr. D. de R. J.: Ubi pugnantia inter se in testamento jubereutur, neutrum ratum est.

Marcian. l. 16 D. de cond. inst. (28, 7): „Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto.“ Julianus inutilem esse institutionem scribit, quum conditio existere non possit.

c. Vorbehaltene, aber nicht ausgedrückte Bedingungen.[1])

Dieſe ſtellen die letztwillige Verfügung als eine noch unvollendete

---

„non vitiantur, sed vitiant dispositionem, ſofern ſie anders ſo beſchaffen ſeynd, daß die Institution ſelbſt dadurch perplex und unverſtändlich wird. Ein anders wäre, wann die Institution klar iſt, und nur die Condition von einem perplex — oder contradictoriſchen Inhalt iſt, z. E. „„Sejus ſoll mein Erb ſeyn, wann er den Belz waſchen und ſolchen nicht naß machen wird.““ Dann dieſe Condition hielte man allerdings pro non adjecta, mithin die Institution pro pura, wenigiſt nach unſerem Codice, welcher conditiones perplexas et impossibiles hierinfalls gleich ſchätzt.“

Auch das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen behandelt die unverſtändlichen und die widerſinnigen Bedingungen in ganz gleicher Weiſe, indem der § 2128 beſtimmt: „Unverſtändliche oder im Verhältniſſe zu dem Inhalte des letzten Willens widerſinnige Bedingungen aufſchiebender oder auflöſender Art ſind als nicht beigefügt zu betrachten.“ Unger, das öſterr. Erbrecht § 16 Note 13 findet dieſe Vorſchrift geradezu unbegreiflich, indem er die Frage aufwirft: Sollten etwa in Zukunft in Sachſen im Fall der l. 16 cit. beide Erben zur Erbfolge gelangen? Die Antwort gibt Siebenhaar in ſeinem Comment. III S. 250 dahin: So viel die Bedingungen betrifft, welche im Verhältniſſe zu dem Inhalte des letzten Willens für widerſinnig zu halten ſind, ſo wird dabei ſelbſtverſtändlich vorausgeſetzt, daß der Wille des Erblaſſers ſich ermitteln läßt und als Nebenbeſtimmung eine im Verhältniß zu der letztwilligen Verfügung widerſinnige Bedingung beigefügt iſt; z. B. wenn der Erblaſſer geſagt hätte, A ſoll mein Erbe ſein, wenn er nicht will. Iſt dagegen die Bedingung eine unverſtändige oder ergiebt ſie ein mit dem letzten Willen in directem Widerſpruch ſtehendes Ereigniß, z. B. wenn der Erblaſſer verfügte, A ſoll mein Erbe ſein, wenn er nicht Erbe iſt, ſo würde der letzte Wille nach § 2160 („Sind in einem und demſelben letzten Willen Verfügungen enthalten, welche ſich nicht mit einander vereinigen laſſen, ſo fallen ſie ſämmtlich weg“) nichtig ſein. In der Note wird ſodann noch gezeigt, daß in einem Falle der in l. 16 cit. gedachten Art möglicher Weiſe nach dem wahren Willen des Erblaſſers beide bedingt eingeſetzte Erben zuſammen erben können.

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Fortſetz. des Glück'ſchen Com. B. 38 S. 422—445 und dagegen Sarwey, Beitrag zur Erörterung der Frage: welche Wirkung hat die Unterlaſſung der Beifügung einer Bedingung bei der Erbeinſetzung, die der Teſtator hinzufügen wollte. Verſuch einer Auslegung und Vereinigung der beiden Geſetzſtellen l. 9 § 5 D. de her. inst. 28, 5 und l. 8 C. de inst. et subst. 6, 25 (im Archiv für die civil. Praxis B. 29 S. 181 f. 386 f.) — Vergl. auch Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexikon X S. 917 S. 960, 961.

dar (testamentum imperfectum). Der wahre Wille des Erblaſſers iſt nicht zum vollſtändigen Ausdruck gekommen; ebendeshalb kann er auch nicht gelten.[1])

Ulp. l. 9 § 5 D. de her. inst. (28, 5): Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit: nam et hunc pro non instituto putat . . .

Hierbei iſt aber vorausgeſetzt, daß die letztwillige Verfügung durch ihren Inhalt ſich als eine noch unfertige zu erkennen gibt, daß alſo in dieſer Verfügung ſelbſt der Vorbehalt beſonderer Bedingungen ausgeſprochen iſt und daß die Dispoſition in ihrem weiteren Verfolge nicht entnehmen läßt, der Teſtator habe jene Abſicht, ſeinen letztwilligen Anordnungen beſondere Modificationen beizufügen, nachträglich wieder aufgegeben.

l. 8 C. de inst. et subst. (6, 25): Si testamentum ita scriptum inveniatur: „ille heres esto secundum conditiones infra scriptas," si quidem nihil est adjectum, neque alia conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum habere puram institutionem . . .[2])

Uebrigens werden in der Praxis nicht leicht Fälle dieſer Art vorkommen, da bei Jedem, der ſich den Umſtändlichkeiten und Koſten der Teſtamentserrichtung unterwirft, vorauszuſetzen iſt, daß er ſeine letztwillige Verordnung zum vollſtändigen Abſchluß habe bringen wollen.

d. Unverſtändige Bedingungen (conditiones derisoriae s. ineptae).

Marcian. l. 113 § 5 D. de leg. 1: Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes, aut si qua alia supervacua ut in funus impendantur, non valere Papinianus libro tertio Responsorum scribit.

Id. l. 14 D. de cond. inst. (28, 7): Conditiones — quae . . . derisoriae sunt pro non scriptis habentur . . .

Modestin. l. 27 pr. eod.: Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali conditione: „si reliquias ejus in mare abjiciat." Quaerebatur, quum heres institutus conditioni non paruisset an expellendus est ab hereditate? Modestinus respondit: laudandus est magis,

---

[1]) So beſtimmt auch das bürg. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2082. „Hat der Erblaſſer eine Bedingung, welche er beifügen wollte, nicht beigefügt, ſo iſt der letzte Wille nichtig..." Siebenhaar (Comment. III S. 231) bemerkt dazu: Die ratio iſt die: der Erblaſſer hat die unbedingte Verfügung nicht gewollt, mithin gilt dieſe nicht; er hat die bedingte Verfügung gewollt, dieſe aber nicht ausgeſprochen.

[2]) Vergl. Bering, Röm. Erbrecht S. 305 Note 3.

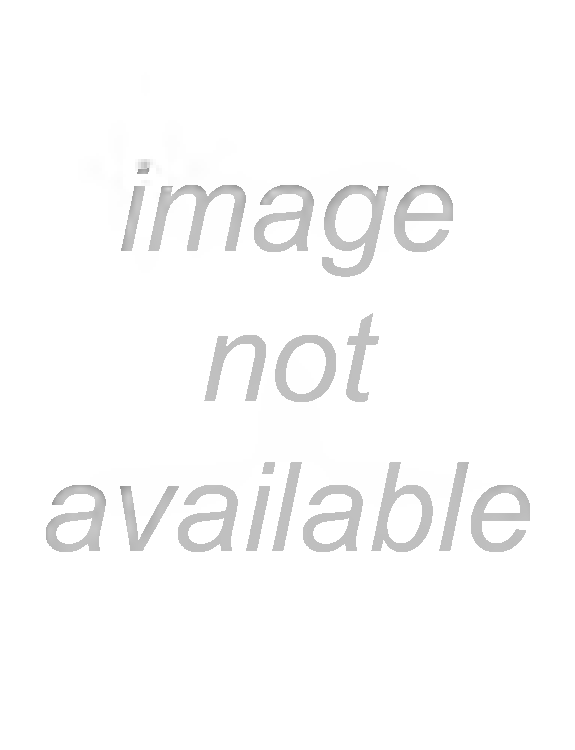


image
not
available

kommen kann, keine besondere Bestimmung getroffen, läßt uns aber gleichwohl nicht im Stich. Sollte die betreffende Bedingung nicht unter die Kategorie der den Gesetzen des Anstandes und der guten Sitten widerstreitenden zu bringen und daher nach § 63 für nicht beigefügt zu achten sein, so würde der § 62 durch seine allgemeine Bezugnahme auf die im Tit. 4 §§ 99 ff. enthaltenen Vorschriften über bedingte Willenserklärungen überhaupt vollkommen aushelfen. Zu diesen Vorschriften gehört auch die des § 134, 135, wonach der Richter „Bedingungen, von deren Erfüllung kein Nutzen abzusehen ist," nach dem Tode des Erklärenden nach Anhörung der dabei betheiligten Personen erlassen kann.

Form der Testamente und Codicille.[1])

1. gerichtliche.

§ 66. «Jedes Testament oder Codicill muß in der Regel vom Testator selbst den Gerichten übergeben, oder zum gerichtlichen Protocoll erklärt werden.»

60. In Betreff der Form der letztwilligen Verfügungen tritt die Frage in den Vordergrund:

nach welchen Ortsgesetzen sich dieselbe bestimmt.[2])

[1]) Ueber die Bedeutung der Testamentsformen sprechen sich die Motive zum Großh. Hessischen Entwurf S. 59 f. sehr gut dahin aus:

Die äußeren Formen der letzten Willen haben mehrere Zwecke:

1) Sie sollen Bürgschaft leisten für die Aechtheit des letzten Willens. Zu diesem Zwecke sind besondere und strengere Formen, als bei andern Rechtsgeschäften, nöthig, weil letzte Willen erst nach dem Tode des Erblassers zur Wirksamkeit kommen, also zu einer Zeit, wo derjenige, um dessen Verfügungen es sich handelt, für die Aufrechthaltung seines Geschäfts nicht selbst sorgen kann, das letztere also der Gefahr, bestritten, verfälscht oder unterdrückt zu werden, mehr als jedes andere Geschäft ausgesetzt ist.

2) Die Möglichkeit, durch letzten Willen zu erwerben, hat für den Eigennutz die stärksten Verlockungen; sie reizt zu Bestrebungen, welche der Freiheit des Willens gefährlich sind, und doch soll der letzte Wille aus dem freien Willen des Erblassers hervorgehen. Das Gesetz kann durch seine Testirformen wenigstens so viel erreichen, daß der Erblasser in dem Augenblicke, wo er letztwillig verfügt, unmittelbaren und gefährlichen Einwirkungen Anderer nicht bloßgestellt ist.

3) Letztwillige Verfügungen über das Vermögen können von großem Einflusse nicht nur auf das Schicksal einzelner Personen, sondern auch

Durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht hat sich hier die Regel gebildet:

> Eine letztwillige Verordnung ist — ohne Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien — in Beziehung auf ihre Form für gültig zu erachten, wenn sie den Formgesetzen des Ortes entspricht, an welchem sie errichtet worden ist.[3])

Dieses Gewohnheitsrecht hat auch in den Gesetzgebungen der deutschen Lande volle Anerkennung gefunden.

Lübisches Recht Th. II Tit. 4 Art. 16: „Stürbe unserer Bürger einer an einem frembden Orthe, und machte ein Testament nach desselben Orths-Rechte, solch Testament soll bei Kräfften auch in unserm Rechte erkannt werden; allein daß solch Testament aus Noth angehendes Todes an frembden

---

auf das Schicksal ganzer Familien seyn. Der Erblasser soll nicht aus bloßer Laune oder reiner Willkühr in die von dem Gesetze geregelte Erbfolge der Familienglieder eingreifen, nur die Vernunft soll seinen Willen leiten und seinen Entschluß bestimmen. Das Gesetz sucht deswegen für das Testament nach einer Form, welche geeignet ist, den Erblasser an die Bedeutung und Wichtigkeit der Handlung, welche er vornimmt, zu erinnern, ihn in eine ernste Stimmung zu versetzen, und zum Nachdenken über die Gründe und Folgen seiner Handlung aufzufordern.

[3]) Im Allgemeinen ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf: Glück, Com. I S. 290—292, S. 401, 402, B. 35 S. 36—40 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatrechts (Frankfurt 1841) §§ 139 ff. und die von ihm benannten Rechtslehrer. Wächter, im Archiv für die civil. Praxis B. 24 S. 230 f. B. 25 S. 371—374. v. Savigny, System des Römischen Rechts VIII §§ 381, 382. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht (Hannover, 1862) § 109. Bornemann, Erörter. Heft 1 S. 82—84. Schering, Archiv für rechtswiss. Abhandl. II (Berlin 1862) S. 132 ff. (Ueber die Gültigkeit holographischer Testamente, errichtet am Bord eines Französ. Schiffes.) Vergl. „Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts" III S. 112 ff. VI S. 389 ff.

[3]) Hert, dissert. de collisione legum § 23 (Commentat. Vol. I p. 133, 134): Lubet heic audire H. Grotium in Append. Epist. ad Fratrem 464 ita respondentem: „Ubi de forma testamenti agitur, spectandum loci morem, in quo testamentum fit, recepta ab eruditis et usu omnium gentium confirmata sententia est. — Item tale testamentum vim suam ubique exserere non minus constat, idemque servari, etiamsi advena in loco peregrinationis suae testatus fuerit." Vergl. auch die Beilage der oben angeführten Abhandl. in Scherings's Archiv (S. 195—209), enthaltend Auszüge aus gemeinrechtlichen Schriftstellern über die Regel locus regit actum in ihrer Anwendung auf die Form von Testamenten.

Oerthern, und nicht vorsetzlicher betrüglicher weise, den Erben zum Nachtheil, angestellet seyn." [1])

Erneuertes Gemeines Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 1 § 1. „Wir ordnen, Unseren Underthanen und andern, so in Unserm Hertzogthumb zu testiren gemeint, zu sondern Gnaden und gutem, daß alle Testamenten und Letzte Willen, welche denen in nachvolgendem 3. Titul gesetzten Formen gemäß . . . durch Unsere Unterthanen und Angehörige, auch andere, . . . die sich allein Diensts- oder Gastsweise, oder in andere wege, in Unserm Hertzogthumb zu Zeit ihrer Testirung auffhalten, verordnet und gemacht werden, nach ihrem tödtlichen Abgang krafft haben, und wie sich gebührt, würklich vollnzogen werden sollen." [2])

Revidirt. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbessertes Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 1 Art. 4 § 4. „Würde sich aber auch zutragen, daß an einem andern Ort, außerhalb Unseres Hertzogthums Preußen, der Testament halben ein besonderer Gebrauch wäre, als, daß ein Testament, vor einem Notario und zweyen Zeugen auffgerichtet, gelte ꝛc., So ordnen und wollen Wir, daß in diesem Fall für das Testament in Unsern Gerichten solle erkannt und gesprochen werden. Jedoch, weil solcher Gebrauch mehrerntheils in facto, und in der Geschicht stehet und beruhet: So muß zuvor derselbig dargethan und bewiesen werden. Dann nach gemeiner der Rechtsgelahrten Meinung wird ein Statutum, so von wegen der Solennität der Testamenten disponiret und ordnet, auch auff andere Ort und Obrigkeiten extendiret, also, daß der Erb in allen Gütern zu succediren und zu erben, er sey gesessen wo er wolle, Fug und Macht habe. Dann, so viel die Solennitates belangt, wird auff eines jeden Orts Gebrauch gesehen, da das Testament gemacht und auffgerichtet ist."

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 9. „Die bei Rechtsgeschäften zu beobachtende Form richtet sich nach den Gesetzen des Ortes, wo dieselben vorgenommen werden. Es genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an welchem das Geschäft in Wirksamkeit treten soll." [3])

---

[1]) Vergl. Mevii com. in Jus Lubec. l. c. nr. 2 sqq.

[2]) Griesinger bemerkt in seinem Comment. (B. 5 S. 5) dazu: Was hier verordnet ist, würde sich auch ohne ausdrückliche Erklärung unseres Gesetzgebers von selbst verstehen, weil schon nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts eine Handlung, welche nach der Form desjenigen Ortes, wo sie geschah, vorgenommen wurde, überall vollkommen gültig und von Wirkung ist. Wenn ein Würtembergischer Unterthan an einem ausländischen Orte, wo man nach dem gemeinen Rechte testirt, nach der Form des Württ. Rechts testiren würde, so würde das Testament zwar nicht im Auslande, aber doch im Württembergischen als gültig angesehen werden.

[3]) Siebenhaar, Comment. I S. 42 f. bemerkt dazu: Die Vorschrift, daß die bei Rechtsgeschäften zu beobachtende Form sich nach den Gesetzen des Ortes richtet, wo dieselben vorgenommen werden, entspricht dem allgemeinen Prinzipe, daß juristische Thatsachen nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, unter welchen sie entstanden sind. Auch herrscht hierüber allgemeines Einverständniß der

Privatr. Gesetzb. für den K. Zürich § 6. „Die äußere Form eines Rechtsgeschäftes oder einer Rechtshandlung wird in der Regel nach dem Rechte des Ortes bestimmt, wo das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder die Rechtshandlung vorgenommen worden ist. Im Interesse des Bestandes eines Rechtsgeschäftes kann indessen eine im Ausland vorgenommene Handlung als gültig anerkannt werden, auch wenn zwar nicht den dortigen Rechtsformen, wohl aber den hierorts für derlei Geschäfte vorgeschriebenen formellen Erfordernissen ein Genüge geschehen ist ..."

Code civil art. 999. „Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé."

61. Die den germanischen Rechtsgewohnheiten vollkommen entsprechende gerichtliche Form der Testamente hat in Deutschland so sehr die Oberhand gewonnen, daß auch nach der Reception des römischen Rechts die Privattestamente fast nur als geduldet erscheinen.[1])

Rechtslehrer, indem der Satz, locus regit actum, so weit es auf die Form der Rechtsgeschäfte ankommt, in der Regel nicht bestritten wird. — Unter den Rechtsgeschäften sind sowohl Verträge, als auch Testamente und Erbverträge zu verstehen ... Ein Testament, welches in der am Orte seiner Errichtung bestehenden Form abgefaßt ist, gilt als formell richtig auch in einem Staate, in welchem andere Formen für die Testamentserrichtung bestehen ... Giebt es in einem Lande privilegirte Testamente, so wird ein solches Testament, vorausgesetzt, daß die Bedingungen der Errichtung desselben vorhanden gewesen sind, auch in einem anderen Staate als formell gültig anzuerkennen sein. Denn auch hierauf bezieht sich der Satz locus regit actum ... Von dieser Regel gibt es zwei Ausnahmen. Die erste ist die, wenn im Inlande eine bestimmte Form in der Weise vorgeschrieben ist, daß ein Rechtsgeschäft, welches dieser nicht entspricht, nichtig sein soll ... Die zweite Ausnahme ist die am Schlusse des § 9 erwähnte ... Diese würde eintreten, wenn von einem Sächs. Unterthan während seines vorübergehenden Aufenthalts im Auslande ein Testament nicht in den Formen des Errichtungsortes, wohl aber in den in Sachsen vorgeschriebenen gesetzlichen Formen errichtet worden wäre ... Dagegen würde in Sachsen ein Testament nicht für gültig angesehen werden können, welches ein Ausländer in Sachsen nach den Formen seines Vaterlandes errichtet hätte, dessen Form jedoch der in Sachsen bestehenden gesetzlichen nicht entspräche.

[1]) Vergl. Hamburgisches Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art 3. „Wollte auch jemand, aus sonderbaren bewegenden Ursachen, lieber nach Ordnung und Zierlichkeit der gemeinen beschriebenen Kaiserlichen Rechte, sein Testament aufrichten, denn obgesetzter heilsamen Form (Testirung vor zwei Rathspersonen und einem Rathssekretair) sich gebrauchen; so soll ihm solches, auf seine Gefahr, hinfüro zugelassen werden ..."

Erneuerte Frankfurt. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 1 § 1. „Dieweil

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. I art. II nr. 78 sq.: Hoc genus testamenti apud acta, seu coram Judice plurimis in locis plane inolevit, veluti in Saxonia, et ubi Jus Saxonicum usurpatur, uti declarat Const. Sax. part. 3 const. 3, in Borussia, Norimbergae, Coloniae, in Hanseaticis civitatibus, ubi hunc modum testandi frequentissimum esse ait Cothmann consil. 53 nr. 9 Vol. II, prae reliquis omnibus formis commodissimum et validissimum esse sentit Modest. Pistor. cons. 20 nr. 13 Vol. II. Eumque sequitur jus nostrum Lubecense, et commendat, ita ut et praescribendo ejus requisita pluribus declaret.

v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 4 § 2: Das erste unter den testamentis privilegiatis et minus solennibus ist das gerichtliche, welches nämlich a testatore zu Vermeidung der vielen Solennitäten bey Gericht übergeben wird . . . Kein modus testandi ist so bequem, so sicher und so gebräuchlich, als dieser. In verschiedenen auswärtigen Landen ist er auch nur der einzige, weil die übrige gänzlich abgeschafft seynd. Corp. Jur. Frid. P. 2 L. 7 Tit. 2 § 22.

Bluntschli, deutsches Privatr. (3. Aufl.) § 200: Die Form des Testaments wird nun, soweit nicht hergebrachte Uebungen oder besondere Landrechte etwas anderes bestimmen, nach den Vorschriften der Justinianischen Gesetzgebung beurtheilt. Indessen ist aus der Sitte der älteren Geschäfte die gerichtliche Form der Eröffnung des letzten Willens vor Gericht, welche sodann in manchen Gegenden in der Form der Erklärung zu Protokoll vor Notar und Zeugen umgewandelt worden ist, auch abgesehen von der Reception

---

die Keyserlichen Recht, der Testamenten halben, . . . etliche sonderbare Solenniteten verordnet haben, so in Auffrechtung derselben sollen gehalten werden: Welche doch dem gemeinen Mann, als solcher Rechten unerfahren also zu halten fast schwer, auch wol nicht müglich: So haben Unsere Vorfahren . . . ein Statut und Ordnung, wie es mit solchen Testamenten in dieser Statt soll gehalten werden gemacht ꝛc." § 4. „Nicht desto weniger, da jemandt mehr Lust und Gefallen hett, sein Testament solenniter, oder aber sonst vor Notarien und Siben Zeugen, auffzurichten, Dem solle solches hierdurch unbenommen, sondern frey gestellt seyn."

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 1. „Daneben aber stehet Unsern Underthanen frey und bevor, sich in Auffrichtung ihrer Letzten Willen der Solennitäten gemeiner beschriebnen Rechten zu gebrauchen . . ."

Vergl. auch Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 1 Art. 4 § 1.

Kaiserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 37 § 1.

Viel weiter geht das Project des Corp. Jur. Fridr.: Th. II (1751), welches alle Privat-Testamente gänzlich abgeschafft und „als eine ewige und beständige Regul" festgesetzt wissen will, „daß alle letzte Willen künftig gerichtlich verfertiget werden sollen." (Vorrede § 28.)

des röm. Rechts practisch geblieben, und es ist die eigenthümliche neuere Form der Uebergabe eines schriftlichen Testaments an das Gericht (oder den Notar) zur Aufbewahrung ohne Eröffnung seines Inhalts ergänzend hinzugekommen. — Daneben sind sehr häufig in den Landrechten eigenthümliche von den röm. Vorschriften abweichende Formen des Testaments vorgeschrieben, und es läßt sich nicht verkennen, daß die neuere Rechtsbildung geneigt ist, die Form des Testaments zu vereinfachen: eine Tendenz, welche nicht willkürlich launenhaft ist, sondern in der veränderten Grundansicht über das Testament ihre Erklärung findet.

Dies war auch der Rechtszustand in Preußen vor der Abfassung des Allgemeinen Landrechts.

Die Constitution wegen Abkürzung der Prozesse in der Kurmark vom 3. September 1718[1]) enthielt die ausdrückliche Vorschrift:

§ 38. „Indessen ordnen Wir zur Verhütung unnöthiger Processe, daß künftig alle Testamenta und Dispositiones, sowohl in denn Städten als auf denen Dörffern Gerichtlich um ein Billiges verfertiget und gerichtlich übergeben werden sollen . . ."

eine Bestimmung, die auch die „Revidirte Constitutio wegen Abkürzung der Processe in der Neumark" vom 18. November 1786 § 36[2]) wörtlich aufgenommen hat.

---

§ 67. «Kann oder will der Testator nicht selbst an ordentlicher Gerichtsstelle erscheinen, so steht es ihm frei, das Gericht um die Auf- und Abnahme der Disposition an dem Orte, wo er selbst sich aufhält, zu ersuchen.»

62. Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 2 nr. 113 sq.: Est adhuc alia apud acta testandi forma Jure Lub. ibidem recepta et praescripta, quando testator forte ob adversam valetudinem aliaque impedimenta coram Judice seu magistratu se sistere non potest, vel non vult, sed eum rogat, ut quosdam Senatores vel Assessores ad se domum mittat, et coram illis extra locum judicii testamentum facit. Hoc testamentum perinde habetur, ac si coram actis publicis eo, quo supra dictum est, modo factum esset, et valide subsistit . . . Nec enim praecise opus est adire judicem coram tribunali, ut testamentum valeat, sed judicium intelligitur aeque in eo loco, ad quem personae ad judicium pertinentes judiciali autoritate ablegatae sunt: et acta dicuntur, ubi quid autoritate judicis fit, etsi extra judicium.[3])

---

[1]) Corp. Const. March. Th. II Abth. 1 Nr. 174 p. 646 f.

[2]) Ebendas. Nr. 179 p. 658 f.

[3]) Kind, Quaest. for. T. I cap. 39 p. 259 (edit. 2): Germanorum moribus

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 B. V Tit. 1 Art. 4 § 2. „Wie dann auch wenigers nicht für ein kräftig Teſtament und letzten Willen zu achten, da ein Manns- oder Weibs-Perſon Ehehaffter Verhinderung, als Krankheit, Alters, oder anderer Urſachen halben für die Obrigkeit, Rath oder Gericht nicht perſönlich kommen oder erſcheinen könte: So kan und mag dieſelbige Manns- oder Frawen-Perſon vier, oder zum wenigſten drey, Raths- oder Gerichts-Perſonen . . . zu ſich berufen ꝛc.“ [1])

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 590. „Im Nothfalle[2]) können die erſt beſtimmten Perſonen ſich in die Wohnung des Erblaſſers begeben, ſeinen letzten Willen ſchriftlich oder mündlich aufnehmen . . .“

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2093. „Die Erklärung des letzten Willens zu Protokoll oder die Uebergabe des ſchriftlichen letzten Willens kann vor jedem Gerichte an ordentlicher Gerichtsſtelle oder vor Abgeordneten des Gerichtes außerhalb derſelben — erfolgen . . .“

63. Die folgenden Vorſchriften §§ 68—71, betreffend die Nachſuchung einer Deputation zur Auf- oder Abnahme des Teſtaments

---

liberum est testatori, vel in loco judicii, vel extra eum coram personis judicialibus in aedes ipsius ablegatis condere testamentum sive per nuncupationem sive per oblationem tabularum privatim scriptarum atque subscriptarum. Hoc testamentum judiciale extra locum judicii conditum non minori vi et auctoritate pollet, quam testamentum in ipso judicii loco factum. In const. Elect. III P. III legislator ait. „Wo auch Gerichts-Perſonen von Gerichtswegen, zu einem, der da krank iſt, in ſeine Behauſung, auf ſeine Erforderung, geſchickt, und er vor ihnen ſein Teſtament macht, ſo wird es dann gehalten, als wäre es coram actis und vor Gericht geſchehen.“

Vergl. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena von 1839: Const. Sax. P. III c. 3 hindert nicht, daß auch außer Krankheitsfällen das Gericht in das Haus des Teſtators ſich begiebt und hier das Teſtament aufnimmt. Sie beſtimmt nur, das Gericht ſolle hiezu, außer dem Falle der Krankheit, oder eines anderen Hinderniſſes — denn die Krankheit iſt nur beiſpielsweiſe genannt — nicht verbunden ſeyn; geht es in das Haus freiwillig, ſo gilt das „ubi judex ibi judicium.“ (Emminghaus, Pandekt. des gem. Sächſ. Rechts S. 164 Nr. 243.)

Vergl. auch S. Stryk, de caut. test. cap. VII § 34. An testamentum domi insinuari possit?

Leyser med. ad P. sp. 354 m. 1 . . . Testamentum judici in aedibus ejus privatis recte offertur.

[1]) Eine gleiche Beſtimmung enthielt ſchon das Erneuerte Gem. Land-Recht des Hertzogth. Würtemberg von 1610 Th. III Tit. 3 § 7. Vergl. auch v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 4 § 2 nr. 4.

[2]) Dieſer Beiſatz hat nur die Bedeutung, daß die Gerichtsdeputation außer einem Nothfalle — abweichend von unſerem Landrechte — nicht verpflichtet iſt, ſich zur Teſtamentsaufnahme in die Behauſung des Teſtators zu begeben, nicht aber, daß ein ohne Noth außerhalb der Gerichtsſtelle aufgenommenes Teſtament der Formgültigkeit entbehre.

außerhalb der Gerichtsstelle,[1]) sind völlig müßig, da sie alles juristischen Gehaltes entbehren. Ein Gesetz, das ein bestimmtes Gebot ertheilt und hinterher selbst erklärt, daß dieses nicht befolgt zu werden brauche, ist kein Gesetz.

Welches Gericht ein Testament an- oder aufnehmen könne.

§ 72. «Jedes gehörig besetzte Gericht[2]) ist, innerhalb seines Gerichtssprengels, auch von solchen Personen, welche darunter nicht gehören, letztwillige Verordnungen aufzunehmen berechtigt.»

64. Mevii com. in Jus Lub. P. I tit. I art. II nr. 103 sqq.: Nec porro refert, qualis sit judex, competens vel incompetens ejus, qui testatur. Nam cum testamenti factio voluntariae jurisdictionis est, coram incompetente condi aut insinuari (testamentum) potest. Sufficit eum qualiquali jurisdictione uti; inferiorem, an superiorem habeat, non distinguitur.[3])

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 2. „. . . Die Aufnahme oder Uebernahme eines solchen letzten Willens ist 4. Actus jurisdictionis mere voluntariae von jener Gattung, welche zwar eine vorläufige Imploration, jedoch keine Einsicht oder Cognition erfordert, solchemnach kann selbe 5to . . . coram Judice quocunque etiam incompetente vorgenommen werden, wenn er nur sonst Jurisdictionem bassam et ordinariam entweder proprio vel administratorio Nomine, oder — ex Commissione perpetua zu exerciren hat . . .“

Bürg. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2093 (s. oben Nr. 62).

---

[1]) Vergl. S. Stryk l. c. § 35. Judex legitime implorandus. — An imploratio per tertium fieri possit? — Quid si per literas?

[2]) erster Instanz gemäß §§ 1, 22 und 25 der Verordnung vom 2. Januar 1849.

[3]) Vergl. Berlich P. III concl. IV nr. 42, 43: Hoc testamentum coram quocunque judice etiam incompetenti insinuari potest, sive is inferiorem, sive superiorem jurisdictionem habeat.

Mevii Decis. III 195: . . . Est quippe ea testamentorum confectio atque insinuatio jurisdictionis voluntariae, non contentiosae. Hujus autem generis quae existunt, etiam extra territorium coram magistratu vel judice non competente, expediri queunt. Nec excepta est ullibi testamenti factio, quin potius jure communi ubique etiam libera relicta . . .

S. Stryk, de caut. test. Cap. VII § 36. An judex incompetens advocari possit.

Vergl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. X S. 747, 748.

---

§ 73. «Nimmt der Richter eine ſolche Dispoſition in einem fremden Gerichtsbezirke auf, ſo verliert dieſelbe — dadurch nichts an ihrer Gültigkeit.»

65. Dieſe Vorſchrift entſcheidet eine ältere gemeinrechtliche Controverſe,[1]) aber gegen die herrſchende Anſicht.[2])

Die gleiche Entſcheidung enthält

das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2093. „Die Erklärung des letzten Willens zu Protocoll oder die Uebergabe des ſchriftlichen letzten Willens kann vor jedem Gerichte . . . ſelbſt außerhalb des Gerichtsbezirkes erfolgen —"

Dagegen beſtimmt

das Oeſterr. bürgerl. Geſetzb. § 589. „Das Gericht, welches die ſchriftliche oder mündliche Erklärung des letzten Willens aufnimmt, muß wenigſtens aus zwey eidlich verpflichteten Gerichtsperſonen beſtehen; deren Einer in dem Orte, wo die Erklärung aufgenommen wird, das Richteramt zuſteht —"

Eine Anwendung des § 73 enthält das Präjudiz unſeres Ober-Tribunals vom 11. October 1861:

Die Rechtsbeſtändigkeit eines Teſtamentes wird dadurch nicht beein-

---

[1]) in Uebereinſtimmung mit dem Project des Corp. Jur. Frid. III. 4 § 8 und einem Deciſum der Geſetz-Commiſſion vom 19. Februar 1788.

Vergl. auch Allg. Ger. Ord. Th. II Tit. 2 § 10.

[2]) Glück, Com. B. 34 S. 206 ff.: Im Allgemeinen iſt die Frage, ob ein Richter Handlungen der bloß freiwilligen Gerichtsbarkeit aller Orten, wo er deshalb angegangen wird, mithin auch außer dem Bezirke ſeiner Jurisdiction, ja ſogar in einem fremden Lande, gültig vornehmen könne, zu verneinen. Dies gilt auch in Betreff der Aufnahme gerichtlicher Teſtamente, wie Madihn, Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrth. S. 113—116 gründlich gezeigt hat. Die freiwillige Gerichtsbarkeit, wie ſie heutzutage beſchaffen iſt, iſt nicht die röm. legis actio. Sie kann ſo wenig wie die ſtreitige außer den Grenzen des Gerichtsbezirkes ausgeübt werden . . . Jeder Richter iſt bloß in ſeinem Sprengel competent, nur in ſeinem Gerichtsbezirke hat er richterliche Gewalt, außer den Grenzen deſſelben iſt er eine bloße Privatperſon. So wenig alſo einem Richter in einem fremden Gerichtsſprengel das Recht zuſteht, Zeugen zu vernehmen und andere Jurisdictionshandlungen vorzunehmen, ebenſowenig kann ihm auch geſtattet werden, außer den Grenzen ſeines Jurisdictionsdiſtriktes Teſtamente auf- und anzunehmen. Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfordern freilich keine Competenz des Richters, aber nur in Anſehung des Teſtators. Dieſer kann teſtiren, vor welchem Richter er will, auch in einem fremden Lande. Allein der Richter muß in ſeinem Sprengel competent ſein. — Vergl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. X S. 748. v. Holzſchuher, Theorie und Caſuiſt. II. Abth. 1 S. 572.

trächtigt, daß es von dem im Jurisdictionsgebiete eines Kreisgerichts für dessen Gerichts-Commission angestellten Einzelrichter, als solchem, auf die bei ihm geschehene Anmeldung außerhalb des ihm zugetheilten Sprengels an- oder aufgenommen worden ist.[1])

Wie das Gericht besetzt sein müsse.

§ 82. «Ein Gericht ist gehörig besetzt, wenn dasselbe wenigstens aus Einer zur Justiz verpflichteten Gerichtsperson und Einem vereideten Protocollführer besteht.»

§ 83. «Doch kann die Stelle des Protocollführers auch von zwei vereideten Schöppen vertreten werden.»

§ 84. «Wo beständige Gerichtsschöppen vorhanden sind, müssen nur diese; andere hingegen, die bloß zu dieser Handlung vereidet werden, können nur in schleunigen und dringenden Fällen zugelassen werden.»

§ 85. «Der Actuarius oder Gerichtsschreiber kann die Stelle des Richters niemals, auch nicht, wenn er dazu allgemeinen oder besonderen Auftrag von dem Richter erhalten hat, vertreten.»

§ 86. «Ebenso (§§ 82. 83) muß auch die Deputation besetzt sein, durch welche ein Testament oder Codicill von dem Testator in seiner Wohnung, oder sonstigem Aufenthaltsorte, auf- oder abgenommen werden soll.»

66. Dieses Erforderniß — die Mitwirkung zweier Gerichtspersonen bei dem Testamentsakte — ist der älteren gemeinrechtlichen Praxis fremd,[2]) obwohl das canonische Recht dem Richter zur Pflicht machte, immer einen Actuar oder wenigstens zwei Zeugen zuzuziehen, ne unius judicis verbo credatur.[3]) Die Sächsische Praxis sprach sich jedoch entschieden für die Nothwendigkeit eines solchen Erfordernisses aus.[4])

---

[1]) Striethorst, Archiv B. 44 S. 17 f.

[2]) Glück, Com. B. 34 S. 212 ff. und die daselbst angeführten Schriftsteller. v. Holzschuher, Theorie und Casuist. II Abth. 1 S. 572 f. Vergl. auch Geiger und Glück merkwürd. Rechtsfälle I S. 183 f.

[3]) Innocent. cap. 28 X de testibus: et canonica et civilia jura sequentes, districtius inhibemus, ne unius judicis, quantaecunque fuerit auctoritatis, verbo credatur in causis super testamentis, sive quibuslibet aliis contractibus quaestio agitetur. Nec scriptum eorum (nisi testium adminiculo

Dieſe Nothwendigkeit iſt auch von der Geſetzgebung allgemein anerkannt worden.

Das Gemeine Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610, welches im Th. III Tit. 3 zunächſt von dem vor dem (ganzen) Gericht erklärten letzten Willen handelt, bezeichnet als eine andere Form den außerhalb der Gerichtsſtelle erfolgten Teſtamentsakt, wozu es im § 7 erfordert, daß der Teſtirer

> „vier Gerichts- oder Rathsverwandte, ſamt dem geſchworenen Stadt- Amt- oder Dorf-ſchreiber, oder an eines Stadt- oder Amtsſchreibers ſtatt, deſſen geſchworenen Subſtituten zu ſich berufen.“ [5])

---

fulciatur) eam obtineat firmitatem, quin ei possint et debeant duorum vel trium testium bonorum testimonia praevalere.

Müller, Observ. ad Leyser Tom. III fasc. II obs. 625 bemerkt in dieſer Hinſicht: Non negare audent ipsi pragmatici, secundum juris Canonici sanctiones judicum scripturas, quas ipsi soli consignaverint, parum fidei demereri, sed in hac tamen materia jus civile praeferendum esse juri Pontificio propugnant, quum tamen alias concertare quasi soleant, Pontificio juri praeferentiam deberi.

[4]) Berger, Responsa P. I resp. 71. Testamentum, quod a solo judice, absentibus Scabinis, ad hunc actum speciatim nec rogatis, nec missis, extra judicii locum recipitur, jure Saxonico pro judiciali habendum non est, atque adeo minus subsistit (m. Febr. 1689). — J. C. Schmidt, Rechtsſprüche S. 52 f. Daß nach deutſchem Recht das Gericht nicht bloß aus der Perſon des Richters beſtehe, vielmehr ordentlicher Weiſe der Richter nebſt dem Amtsſchreiber und zwei Schöppen das Gericht ausmachen, lehrt die Erfahrung. In dem Sachſenſpiegel B. III A. 88: „Was ein Mann mit dem Gerichte bezeugen ſoll, deſſen ſoll der Richter ſich bei des Königs Hulden verpflichten, darnach die Schöppen auch alſo, alle andern Gerichtsperſonen aber bei ihrem Eide“ findet ſich die Nothwendigkeit der Schöppen. Jedoch werden häufige Exempel angetroffen, daß eine einzige Perſon den Richter und Gerichtsſchreiber vorſtellt, daher iſt außer dieſer nur die Gegenwart zweier Schöppen zur Formirung eines völligen Gerichts nöthig ... Erkenntniß des O. A. G. zu Jena von 1827: Nach Sächſ. Recht iſt die Frage, ob ein Gerichtshalter, ohne alle Gerichtsſchöppen, ein gerichtliches Geſchäft, und namentlich die gerichtliche Aufnahme eines Teſtaments auf gültige Weiſe alsdann vornehmen könne, wenn er zugleich die Functionen eines Gerichtsſchreibers verrichtet, auf das Beſtimmteſte zu verneinen. Die Sächſ. Geſetze erfordern zu Conſtituirung eines Gerichts außer dem Richter und Actuar, deren Vereinigung in Einer Perſon geduldet wird, zwei Schöppen oder Gerichtsbeiſitzer, welche letztere bei gerichtlichen Handlungen nie fehlen ſollen, wenn nicht eine geſetzliche Ausnahme deshalb nachgewieſen werden kann. Selbſt ein angeblicher Gerichtsgebrauch kann das Gegentheil jener Geſetzesvorſchrift nicht rechtfertigen. (Emminghaus, Pandekt. des gem. Sächſ. Rechts S. 77.) Vergl. auch v. Hartitzſch, Entſcheid. pract. Rechtsfragen Nr. 291.

[5]) Vergl. Grieſinger, Comment. B. 5 S. 48 f.

Desgleichen das Revidirte Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbeſſertes Land-Recht des K. Preußen von 1721), welches im gedachten Falle (Buch V Tit. 1 Art. 4 § 2) verlangt, daß der Teſtator

„vier, oder zum wenigſten drey Raths- oder Gerichts-Perſonen, und nicht darunter, ſammt dem geſchworenen Stadt- oder Gerichts-ſchreiber zu ſich beruſen." [1])

Das Baieriſche Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 2 verordnet:

„. . . 7mo Soll zwar auch der Actuar allezeit mit beygezogen werden, falls aber das Amt mit keinem Actuar verſehen, oder derſelbe etwa verhindert iſt, ſo ſoll ſich der Richter ſtatt deſſen eines ad hunc Actum angelobten Amts-Schreibers, oder wenigſt zween Beyſitzer gebrauchen, wohingegen es 8vo anderer Zeugen umſoweniger hierunter bedarf, als dergleichen äußerliche Solennitäten durch die richterliche Authorität ohnehin ſchon genug erſetzt ſind . . ." [2])

Anlangend die neueren Geſetzbücher, ſo beſtimmen:

das Oeſterreich. bürg. Geſetzbuch § 589. „Das Gericht, welches die ſchriftliche oder mündliche Erklärung des letzten Willens aufnimmt, muß wenigſtens aus zwey eidlich verpflichteten Gerichtsperſonen beſtehen, deren Einer . . . das Richteramt zuſteht. Die Zeugenſchaft der zweyten Gerichtsperſon, außer dem Richter, können auch zwey andere Zeugen vertreten."

das bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2093 „. . . Es müſſen während der ganzen Verhandlung ein mit dem Richtereide verpflichteter Beamter und ein Protokollführer, oder, wenn das Amt des Richters und des Protocollführers in einer Perſon vereinigt iſt, außer dieſer eine Urkundsperſon [3]) gegenwärtig ſein." [4])

---

[1]) So beſtimmt auch das Project des Corp. Jur. Frideric. Th. II (1751) Lib. VII Tit. 2 § 15. „Es müſſen niemals weniger als drey Gerichts-Perſonen bei dergleichen Acte gegenwärtig ſein."

[2]) In Betreff der zur Teſtamentsaufnahme beſtellten Commiſſion ſagt v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. 3 Kap. 4 § 2 nr. 4: „Hier zu Land beſteht die Commission bey Churfürſtlichen Dicasteriis gemeiniglich in zwey Herrn Räthen und einem Secretario, bey bürgerlichen Magiſtraten in dem Stadt-Schreiber und zwey Raths-Freunden, ſofern Testator in loco judicii anweſend iſt. Ueber Land hingegen pflegt man zur Verminderung der Köſten nur einen einzigen Beamten mit Anhandnehmung des Gerichts- oder andern verpflichten Schreiber zu committiren."

[3]) Urkundsperſon iſt hier dieſelbe Perſon, welche man früher „Gerichtsbeiſitzer" oder auch „Gerichtsperſon" nannte.
Siebenhaar, Com. III S. 237.

[4]) Auch der Großh. Heſſiſche Entwurf Abth. III Art. 86 erfordert zum Teſtamentsakte die Anweſenheit eines Richters und des Gerichtsſchreibers.

67. Die Frage:

> in welchen Fällen ein Richter wegen seiner persönlichen Beziehungen zum Testator sich mit dem Testamentsakte nicht befassen dürfe,

wird in unserem Landrechte nur beiläufig berührt, indem der § 75 d. T., im Anschlusse an die im § 74 dem Richter, der in einem fremden Gerichtsbezirke eine letztwillige Verfügung aufgenommen hat, neben der Herausgabe der Gebühren angedrohte Strafe, bestimmt:

> „Doch fällt sowohl die Rückgabe als die Strafe weg, wenn der ordentliche Richter des Orts oder Bezirks Intestaterbe des Testators ist, oder dieser ihn zum Testamentserben ernennen will, oder wenn er mit dem Testator in offenbarer Feindschaft lebt, oder wenn sonst zwischen ihm und dem Testator besondere persönliche Verhältnisse bestehen, welche den Letzteren, sich seines Amtes zu bedienen, abhalten." [1])

Unser Ober-Tribunal hat in Beziehung auf jene Frage, abweichend von den Just.-Minist.-Rescripten vom 8. Mai 1815 und 23. December 1823[2]) in dem Präjudiz vom 5. März 1851 Nr. 2276 aus guten Gründen angenommen:

> Der Umstand, daß der ein Testament auf- oder annehmende Richter mit dem Testator in einem Verwandtschafts- oder Schwägerschafts-Verhältnisse steht, namentlich, daß er mit dem Testator im vierten Grade verschwägert ist, begründet für sich allein keine Ungültigkeit des Testamentes.[3])

In Uebereinstimmung hiermit lehrt auch Curtius, Handbuch des Sächs. R. Th. II Abth. 1 § 653 (3. Ausg.):

> Daß die Gerichtspersonen, vor welchen ein Testament errichtet wird, als Zeugen zu betrachten seien, läßt sich ungeachtet der Const. Sax. P. III c. 3 nicht in dem Sinne behaupten, daß Verwandtschaft Einzelner davon unter sich, oder mit dem Testirer, oder mit dem Erben der Gültigkeit des Testaments Eintrag thäte (s. Gutachten der Fac. Jena von 1769 bei J. C. Schmidt R.sprüche S. 60). — Nur selbst Erbe oder Vermächtnißnehmer kann keine concurrirende Gerichtsperson sein.

---

[1]) Vergl. auch die §§ 133, 134.

[2]) v. Kamptz, Jahrb. V S. 3, XXII S. 190.

[3]) Entsch. des K. Ob. Trib. B. 20 S. 132 f. Schon früher hatte der höchste Gerichtshof die Frage, ob der Richter dadurch, daß er dem Testator in Beziehung auf das zu errichtende Testament Rath gegeben, oder dasselbe für ihn concipirt hat, unfähig werde, bei der Annahme dieses Testamentes das Amt des Richters auszuüben, in Uebereinstimmung mit dem O. L. G. zu Breslau verneint. Koch, Schles. Archiv V S. 220 f.

Dagegen verordnet das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch:[1])

§ 596. „Was von der Unbefangenheit und Fähigkeit des Zeugen, die Person des Erblassers außer Zweifel zu setzen, verordnet wird, ist auch auf die gerichtlichen Personen, die einen letzten Willen aufnehmen, anzuwenden.“[2])

---

§ 87. «Meldet sich der Testator persönlich an gewöhnlicher Gerichtsstelle, während einer der ordentlichen Versammlungen des Gerichts; so sind die alsdann gegenwärtigen Personen, sobald sie nur ein gehörig besetztes Gericht ausmachen (§ 82. 83) die Handlung gültig vorzunehmen befugt.»

68. Diese mit dem gemeinen Recht übereinstimmende Vorschrift ist unserer Rechtspraxis ganz fremd geblieben, da nach der Geschäftsordnung der Gerichte[3]) die Testamente, gleich den übrigen Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auch an der Gerichtsstelle stets durch besondere Deputirte aufgenommen werden.[4])

---

[1]) Auch die Französ. Jurispr. nimmt an: Les notaires ne peuvent recevoir les testaments de leurs parents ou alliés aux dégres fixés par l'art. 8 de la loi du 25 vent. an 11: cet article est applicable en matière de testament. (Les Codes annotés de Sirey I Vol. art. 971 nr. 4.)

[2]) Nach diesem Gesichtspunkte wird auch von den Gesetz-Revisoren (Pensum XVI S. 98 f.) die relative Unfähigkeit des Protokollführers und der Schöppen beurtheilt, indem in Ansehung ihrer vorausgesetzt wird:

1. daß sie mit dem Richter nicht in einem solchen persönlichen Verhältnisse stehen, wodurch ihre Glaubwürdigkeit als Zeugen in Privatangelegenheiten desselben geschwächt werden würde;
2. daß sie bei der Testamentserrichtung selbst kein Interesse haben, also weder selbst zu Erben oder Legatarien eingesetzt, noch mit einzusetzenden Erben in solcher Verwandtschaft, Schwägerschaft oder in einem anderen Verhältnisse stehen, wodurch ihre Aussage, wenn sie in dessen Privatangelegenheiten als Zeugen vernommen würden, die volle Glaubwürdigkeit verlieren würde,

wogegen das Verhältniß der gedachten Personen zu den Intestaterben des Testators als unerheblich bezeichnet wird.

[3]) Vergl. das Geschäfts-Regulativ für die Gerichte erster Instanz vom 18. Juli 1850 (Just. Min. Bl. S. 323 f.) § 19.

[4]) Vergl. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 13. ... Etsi quoque alias in foro Saxonico judicium quandoque solenniter formari soleat, ita, ut dato prius tuba vel campana signo, judex, ejusque assessores in Curia sive praetorio ordine consideant, solennibusque ac consuetis sermonibus judicium constitnant, et judex pedum judiciale pro more cujusque regionis

§ 88. «Soll aber die Handlung durch eine Deputation, es sei an ordentlicher Gerichtsstelle, oder in der Wohnung oder dem Aufenthaltsort des Testators, vorgenommen werden, so muß der Vorgesetzte des Gerichts, oder der dessen Stelle vertritt, die Mitglieder dieser Deputation ernennen.»

§ 89. «Einzelne Mitglieder oder Subalternen können also ohne dergleichen besonderen Auftrag, zur Auf- oder Abnahme eines letzten Willens sich nicht gebrauchen lassen.» [1])

69. Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. I art. II Nr. 136: Tertio, mandatum speciale Senatus, vel qui ejus hac in re vices tenent,

---

erectum dextra tenens debitam prae se ferat autoritatem, quam solennitatem vulgo vocant, die Hegung des Gerichts. Attamen haec ordinatio judicii solennis ad confectionem vel insinuationem testamenti haud est necessaria, sed sufficit, illud judici coram actis insinuari. Alias sane nec actus alios extra hanc judicii formationem solemnem judicialiter expediri, quis dixerit, quod tamen absurdissimum esset. — Mevii com. ad Jus Lib. P. II tit. I art. 2 nr. 98: Haud tamen ad testamenti factionem vel insinuationem solennis judicii institutio, die öffentliche Hegung des Gerichts, cui hodie comparatur die öffentliche Raths-Audienz, necessaria est. Extra eam enim judicialia sunt, dummodo in judicio fiant. — v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 4 § 2 nr. 4: Die Obrigkeit nimmt das Testament nicht allemahl selbst auf, sondern pflegt solches öfter per commissionem zu thun, sonderbar wann sie in einem ganzen Corpore vel Collegio bestehet, wie z. E. in Dicasteria oder bürgerliche Magistraten, dann obschon die Testaments-Uebergab sowohl bei den höchsten Reichs- als anderen Gerichten vor gesessenen Rath zu geschehen pflegt, so wird doch solches nicht aller Orten mehr practicirt.

[1]) Diese Vorschriften sind durch die Kab. Ord. vom 24. März 1839 (G.-S. S. 155) dahin deklarirt: „daß zwar die Ernennung des vereideten Protokollführers, wie die des richterlichen Mitgliedes bei der Deputation zur Auf- und Annahme eines Testaments, eines Erbvertrages, einer Ehestiftung, worin über die künftige Erbfolge etwas bestimmt wird, oder einer andern letztwilligen Verordnung den Anweisungen der §§ 88, 89 a. a. O. gemäß so nach wie vor durch den Gerichts-Dirigenten geschehen muß, daß aber, wenn die Zuziehung eines vereideten Protokollführers, ohne vorgängige Ernennung von Seiten des Dirigenten, durch das richterliche Mitglied der Deputation erfolgt ist, hieraus keine Ungültigkeit der Verhandlung entsteht." Auf diese Deklaration stützt sich das Präjudiz unseres Ob. Trib. vom 12. November 1852: Die Zuziehung eines anderen als des ernannten Protokollführers zur An- oder Aufnahme des Testaments hat dessen Ungültigkeit nicht zur Folge. (Striethorst, Archiv B. 6 S. 376.)

consulum exigitur, quale hodie consul regens, der Worthabende Bürgermeiſter, ad petitionem partis Senatoribus dare solet. Nec enim testamentum judiciale fieri potest, aut factum valet, si Senatores duo aut plures a testatore, vel ejus nomine saltem privati rogati, aut fortuito adsint testes futuri. Sed debet ipsis autoritate publica injungi, ut accedant, et quae partes illorum sunt, expediant.[1])

Baieriſches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 2. „. . . 9no Die in einem ganzen Senate oder Collegium beſtehenden Obrigkeiten, wie auch jene, welche Jurisdictionem propriam et Patrimonialem haben, mögen allein ſtatt ihrer Jemand anderen hierzu committiren, welchenfalls ſodann 10mo Delegatus alles jene zu beobachten hat, was dem Richter ſelbſt wegen Beyziehung eines Actuars oder ſonſt zu obſerviren obliegt . . .“[2])

70. Es iſt nicht nöthig, daß die Deputation zur Aufnahme des Teſtaments-Actes für jeden einzelnen Fall beſonders von dem Gerichts-Dirigenten ernannt werde; vielmehr können einzelne beſtimmte Gerichtsperſonen ein für alle Mal zur An- und Aufnahme ſämmtlicher Teſtamente für einen gewiſſen Zeitraum gültig beſtellt werden.[3])

Auch nach der neueren Organiſation der Gerichtsbehörden gehört die Ernennung der Deputation zur Auf- und Abnahme von Teſtamenten oder anderen letztwilligen Verordnungen nach wie vor zu den ausſchließlichen Amtsbefugniſſen des Gerichts-Directors oder deſſen, der ſeine Stelle vertritt. Dem Vorſitzenden der zweiten Abtheilung eines Kreisgerichts ſteht als ſolchem dieſe Befugniß nicht zu.[4])

---

[1]) Vergl. Carpzov, Jurisp. for. P. III const. 3 def. 20. Tum demum subsistit testamentum extra judicium conditum coram judice et Scabinis, si hi specialiter autoritate judiciali ad hunc actum fuerint ablegati. — S. Stryk, de caut. test. Cap. VII § 37. An opus sit deputatione? § 38. Quot personae ex judicio deputandae? § 40. Deputati debent esse ex ipso judicio.

[2]) v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 4 bemerkt dazu: Ein Beamter darf ſich alſo keiner eigenmächtigen Delegation hierin anmaßen, weil er die Jurisdiction nicht proprio et patrimoniali, ſondern nur administratorio nomine exercirt. . . . Gleich wie ſich nun propria authoritate niemand pro Commissario geriren darf, ſo muß der Commission's-Auftrag auf allenfalligen Widerſpruch ex actis oder ſonſt genugſam erwieſen ſeyn. (In letzterer Hinſicht iſt auf das im Centralblatt Jahrg. 1842 Sp. 230—233 mitgetheilte Erkenntniß unſeres Ob. Trib. zu verweiſen, worin ausgeführt iſt, daß der Auftrag zur Teſtamentsaufnahme nothwendig ſchriftlich geſchehen muß und ein ſolcher Mangel nicht durch eine nachträgliche Ermächtigung geheilt werden kann.)

[3]) Juſt.-M.-Reſcr. vom 13. Juli 1843 (Juſt.-M.-Blatt S. 189 f.). Bornemann Syſt. Darſt. VI S. 26 (2. Ausg.). Erk. des Ob. Trib. vom 12. Novbr. 1852 (Striethorſt, Archiv B. 6 S. 376 f.).

[4]) Es iſt in dieſer Hinſicht zu verweiſen auf die Abhandlung in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts“ I S. 196—203.

71. Die Vorschriften der §§ 66 ff. d. T. beziehen sich auf die Form aller letztwilligen Verfügungen, die als gerichtliche gelten sollen. Diese Förmlichkeiten sind daher auch zur Gültigkeit eines gerichtlichen Codicilles wesentlich nothwendig.[1]) Hieraus folgt von selbst, daß ein von einer nicht deputirten Gerichtsperson aufgenommenes Codicill als eine gerichtliche Verordnung nicht bestehen kann.[2])

Es fragt sich jedoch:

ob dasselbe nicht insoweit aufrecht zu erhalten ist, als außergerichtliche Verordnungen des Erblassers gültig sind — nämlich bis auf den zwanzigsten Theil des Nachlasses.[3])

Auch dies ist zu verneinen, da ein solcher von dem Testator nicht eigenhändig geschriebener Aufsatz auch der zur Gültigkeit eines außergerichtlichen Codicilles nothwendigen Form entbehrt.

Nur unter den im § 4 und 5 Tit. 2 Th. II der Allg. Ger.-Ordn. angegebenen Umständen wird ausnahmsweise auch dem von einer nicht deputirten Gerichtsperson aufgenommenen Codicille dieselbe Wirkung, wie einem nach § 34 des Anh. zum A. L. R. vor Notar und Zeugen errichteten beizulegen sein.

---

§ 90. «Der Vorgesetzte eines Gerichts kann vor demselben, wenn es nur, auch außer ihm, gehörig besetzt ist, gültig testiren; ingleichen die Deputation zur Auf- oder Abnahme seines eigenen Testaments selbst gültig ernennen.»

72. Vergl.:

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. I art. II nr. 109: Ita et communius existimatur, quamvis judicem, si judicialiter testari velit, coram actis in suo judicio testamentum condere, vel insinuare posse, nec opus habere, ut superiorem adeat. Hartm. Pistor. p. 3 qu. 9 nr. 7.

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 2: „... Der Richter selbst kann zwar nach gemeinen Rechten vor dem nämlichen Gerichte, welchem er vorstehet, ohne Unterschied inter Jurisdictionem patri-

---

[1]) § 139 d. T.

[2]) Vergl. „Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" I S. 203 f.

[3]) § 161 d. T.

monialem, et mere administratoriam auf ſolche Art teſtiren, doch ſoll dieſes hinführo zur Vermeidung alles Verdachts und Unterſchleifes nicht mehr geſchehen, es ſey denn, daß das Gericht nicht von ihm allein, ſondern mit mehrern beſetzt ſey, welchenfalls ein jeder aus ihnen vor den andern ſolchermaßen teſtiren kann . . ."

Von Teſtamenten vor Dorfgerichten.

§ 93. «Dorfgerichte, die aus einem Schulzen und zwei vereideten Schöppen beſtehen, können, unter Zuziehung eines vereideten Gerichtsſchreibers, Teſtamente und Codicille gültig an- und aufnehmen, wenn dergeſtalt Gefahr im Verzuge vorhanden iſt, daß die Herbeikunft des ordentlichen Gerichtshalters nicht abgewartet werden kann.»

73. Das nach gemeinem Recht als privilegirtes Teſtament geltende ſ. g. testamentum rusticorum (test. ruri conditum)[1]) ſteht mit unſerem Inſtitute in keinem Zuſammenhange. Doch wird in der älteren gemeinrechtlichen Praxis auch die Frage nach der Gültigkeit eines auf dem Lande von dem Schulzen und den Schöffen aufgenommenen Teſtaments mehrfach behandelt.[2])

---

[1]) Justinian. l. 31 C. de testament. (6, 23). — S. Stryk de testamento rusticorum (in Dissert. tom. II nr. 20). Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Com. B. 42 S. 245—261.

[2]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 21: Non inficior, valide quem posse testari, coram Schulteto et Scabinis paganis, quibus specialiter jurisdictio concessa et demandata fuit, quosve Domini ac Nobiles merum et mixtum imperium habentes, ad testamenti factionem ablegavere. Alioquin sane, coram Schulteto et Scabinis paganis testamentum condi validum, nemo facillime dixerit, siquidem ejusmodi Schulteti in pagis de jurisdictione nihil proprium, imo omnino nullam jurisdictionem habent, sed tantummodo sunt ministri et executores eorum, quibus jurisdictio in loco competit . . .

Vergl. auch Richter Decis. P. I dec. 28 nr. 4, welcher ein dahin lautendes Präjudiz mittheilt: Obwohl zween Gerichts-Schöppen bey Auffrichtung eures Bruders Teſtament geweſen und der Dorf-Schuldtheiß es beſiegelt, dennoch dieweil den Schöffen vom Fürſtlich Sächſ. Amte oder dem Gerichte nicht befohlen, ſich hierzu gebrauchen zu laſſen, und ein Dorff-Schuldtheiß das Teſtament, welches nur von zwey Zeugen auffgerichtet, hernach mit Aufdrückung ſeines Petſchafts nicht kräftig machen oder confirmiren kan ꝛc. Urtheil der Jur. Fac. Jena von 1762: Die Errichtung eines Teſtaments

§ 99. «Was vorstehend von Testamenten vor Dorfgerichten verordnet ist (§§ 93—98), gilt auch von Testamenten, welche in kleinen Städten, wo nur eine zur Verwaltung des Richteramts bestellte Person vorhanden ist, in Abwesenheit derselben von dem Polizei-Magistrate, mit Zuziehung des Stadtsecretarii, oder einer der § 94 benannten Personen, [1]) aufgenommen worden.» [2])

74. Auch diese durch das praktische Bedürfniß hervorgerufene Bestimmung ist dem gemeinen Rechte fremd.[3])

---

kann nicht gültig vor dem Schulzen und zwei Schöppen erfolgen: diese Personen haben keine Gerichtsbarkeit und werden nicht zu den Acten verpflichtet. Es wäre denn, daß eine im fraglichen Orte geltende rechtsbeständige Gewohnheit, wonach Obiges ausgeschlossen, erwiesen werden könnte. (Emminghaus, Pand. des gem. Sächs. Rechts S. 621 nr. 15.) Dagegen bezeugt Brunnemann ad l. 19 C. de test. i. f.: in Electoratu Brandeburgico coram Schulteto et Rusticis testamentum condi posse.

[1]) § 94. „Der Mangel eines ordentlichen Gerichtsschreibers kann in einem solchen Falle auch durch einen Justizcommissarius, oder auch durch einen bloßen Notarius, oder durch einen Prediger ersetzt werden."

[2]) Diese Vorschrift ist durch die Kab. Ord. vom 21. Januar 1833 (G.-S. S. 13) dahin deklarirt: daß in Städten, wo der Richter nicht am Orte wohnt, oder wo nur Eine zur Verwaltung des Richteramtes bestellte Person vorhanden ist, in Abwesenheit derselben, Testamente von einer aus dem Bürgermeister oder dessen Stellvertreter und zwei Magistratsmitgliedern bestehenden Deputation an- und aufgenommen werden dürfen, und daß es außer dem geleisteten Amts-Eide der Mitglieder dieser Deputation, keiner besonderen Vereidigung derselben zu Amtsverrichtungen dieser Art bedarf. Die Stelle des einen Magistratsmitgliedes kann durch den Stadtsekretair, einen vereideten Gerichtsschreiber oder eine der § 94 Tit. 12 Th. I A. L. R. genannten Personen vertreten werden."

[3]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 21. ... Nec aliud dicendum arbitror de Magistratu oppidano, si Nobili vel Domino superiori jurisdictio fuerit reservata, quod quidem rarius, et non nisi in parvis oppidulis accidit. Nec enim coram hoc Magistratu haud facta ablegatione a Domino superiore, valide quem posse testari existimaverim, ex identitate rationis, et ob defectum autoritatis judicialis. ... Nam Magistratui in ejusmodi parvis oppidulis rarissime jurisdictionem competere, compertum habemus.

Von gerichtlich übergebenen Testamenten.

§ 100. «Einem jeden Testator steht frei, sein Testament oder Codicill den Gerichten versiegelt zu übergeben (§ 66).»

75. Diese, den Römern unbekannte Testamentsform (s. g. testamentum judici oblatum) hat sich erst durch die gemeinrechtliche Praxis gebildet.[1])

Ueber dieselbe spricht sich ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 20. August 1856 dahin aus:

> Nach gemeinrechtlicher Observanz kann ein schriftlich verfaßter letzter Wille dem Gerichte überreicht und dadurch zu einem öffentlichen Testamente erhoben werden. In Ermangelung specieller Gesetzesvorschriften über die Art und Weise, in welcher diese oblatio testamenti bewerkstelligt werden müsse, läßt sich die Nothwendigkeit dabei zu observirender Formen lediglich aus materiellen Gründen des Geschäfts und aus der jedesmaligen Verfassung des Gerichts herleiten.
>
> Was die materiellen Gründe des Geschäfts betrifft, so bezweckt die fragliche als ein expediens von der Praxis eingeführte Art

---

[1]) Kind, Quaest. for. T. I cap. 39 (ed. 2): Quae uostra consuetudino obtinet testamentorum judiciali auctoritate ordinandorum ratio ac forma, multum differt a ritu testandi apud acta moribus Romanorum introducto. Primum apud Romanos non alia testamenta actis cujuscunque judicis seu magistratus jure actorum conficiendorum instructi insinuabantur, quam quae antea rite ac servatis solemnitatibus condita fuerant. Etenim insinuatio testamenti judici facta, uti docte ac elegauter collega meus aestumatissimus Car. Aug. Gottschalk probavit, non vicem solemnitatum sustinuit, sed tabulae testamenti tantum custodiae ac solemnis aperturae caussa apud magistratum deponebantur: cujus rei vestigia haud obscura in jure Romano deprehenduntur. Itaque judex seu magistratus, cujus actis testamentum insinuatum erat, apud Romanos tantum depositarii vicibus fungebatur, ut testatores securi essent, tabulas insinuatas ac depositas nunquam iri suppressum. Longe alia vero est ratio ac indoles testamenti, quod ex usu apud Germanos recepto interveniente auctoritate judiciali conditur. Hujusmodi testamenti tabulas privatim scriptas in judicio actis magistratus insinuari sufficit. Etenim sola auctoritas judicialis omnes supplet solemnitates, quae in condendo testamento observandae sunt.

v. Keller, Pandekten § 479: Erst die neuere Rechtsübung hat es festgestellt, daß der Testator auch eine versiegelte Urkunde dem Gericht überreichen, sie für seinen letzten Willen erklären und um deren Aufbewahrung bitten kann. Auch wird ein Protokoll aufgenommen, welches sich aber nur auf diese Erklärung und Uebergabe bezieht.

der Testamentssolennisirung nur die Umgehung der unter Umständen schwierigen sonstigen Formalvorschriften rücksichtlich der Testamentserrichtung unter gleichzeitiger Geheimhaltung des Inhalts des letzten Willens; es kann aber keineswegs angenommen werden, daß es nicht ebenfalls bei dieser Art der Testamentssolennisation auf vollkommene Rechtssicherheit abgesehen sey.

In letzterer Beziehung kann für die sonstigen gesetzlichen Formen der Testamentserrichtung in der gerichtlichen Oblation nur dann ein genügendes Surrogat gefunden werden, wenn der Testator persönlich vor dem Gerichte seine Declaration darüber abgibt, daß in der überreichten Schrift sein letzter Wille enthalten sey, indem

1) der Wille, letztwillig zu verfügen, in der überreichten Schrift, sofern dieselbe nicht etwa ohnehin schon den Formen eines gültigen Testaments gemäß, etwa vor sieben Zeugen abgefaßt worden, noch nicht rechtsbeständig beurkundet vorliegt, und daher durch die bei Ueberreichung der Schrift auszusprechende Declaration gerade erst die voluntas testandi beurkundet, d. h. der Act der Testamentserrichtung vollzogen werden soll, welches so wenig als irgend eine sonstige Declaration des letzten Willens per mandatarium geschehen kann, und indem

2) jede Garantie für die Identität der Schrift verloren geht, wenn der Testator nicht persönlich dem Gerichte die Schrift überreicht, wie es denn ohne weiteres einleuchtet, daß bei einer Uebersendung der Schrift an das Gericht, zumal im vorliegenden Falle, in welchem die Schrift nur mit einer Oblate verschlossen war, Vertauschungen, Unterschiebungen u. s. w. sehr leicht als möglich gedacht werden können.

(Seuffert, Archiv XI Nr. 263.)

Diese Testamentsform hat auch in den verschiedenen Landesrechten gesetzliche Anerkennung gefunden.

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 3 § 5. „Wann aber dem Testirenden seinen fürhabenden Letzten Willen der Obrigkeit, oder sonsten vilen Personen zu eröffnen bedenklich und ohngelegen were, mag er sein Testament und Letzten Willen ... verschlossen für ein gesessen Gericht bringen, und darbey anzaigen, wie daß er sein Testament oder Letzten Willen in diesem verschlossenen, durch sich selbs oder einen andern, geschribnen und besigelten Brieff verfaßt hab: mit angehenckter Bitt, denselben hinder einem Gericht biß nach seinem Tod zu verwahren, und alsdann seinen Nächstbefreundten zu verkünden, gebührlich zu eröffnen und zu vollnziehen." [1])

[1]) Vergl. Reyscher, das gem. und württ. Privatr. III § 646. — Fast wörtlich stimmt überein das Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen Buch V Tit. 1 Art. 4 § 3, desgl. die Kaiserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 40 § 7.

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 2. „Judicialiter ad Acta wird testirt . . . 3tio bey der Uebergabe eines schriftlichen verschlossenen Testamentes mit der ausdrücklichen Declaration, daß hierin sein letzter Wille enthalten sey . . ." [1])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 587. „Der Erblasser kann auch vor einem Gerichte schriftlich . . . testiren. Die schriftliche Anordnung muß von dem Erblasser . . . dem Gerichte persönlich übergeben werden. Das Gericht hat . . . dann den Aufsatz gerichtlich zu versiegeln und . . . gerichtlich zu hinterlegen."

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2096. „Der Erblasser kann seinen letzten Willen . . . dem Gerichte übergeben . . . Die letztwillige Urkunde muß, ohne Unterschied, ob sie versiegelt oder unversiegelt übergeben worden ist, mit dem Gerichtssiegel verschlossen werden."

76. Daß nach unserem Recht die Testamentsübergabe Seitens des Testators nothwendig persönlich geschehen muß, ist schon im § 66 d. T. ausgesprochen und dadurch die im gemeinen Rechte viel verhandelte Streitfrage [2]) nach der richtigen Ansicht [3]) entschieden. — Hiermit stimmen auch ältere wie neuere Gesetzgebungen überein. [4])

---

[1]) v. Kreittmayr a. a. O. nr. 8: ... Die Testaments-Uebergab, welche nur pro supplenda solennitate dienen soll, ist verstandnermaßen ein bloßer Actus jurisdictionis voluntariae, und zwar von jener Gattung, bei welcher man nur der Obrigkeitlichen Authorität, nicht aber einer Cognition und Einsicht bedarf. Einfolglich ist auch nicht nöthig, daß die Obrigkeit den Inhalt des Testaments wisse, genug, wann sie aus obiger Declaration so viel weiß, daß das Testament von demjenigen sey, der solches ad acta zu übergeben verlangt . . .

Vergl. Mevii com. in Jus. Lub. P. II tit. 1 art. 2 nr. 84: Aliquando, et quidem frequentius domi illud confici solet et obsignari, deinde autem clausum et obsignatum coram judice insinuari, et in loco judicii inter acta publica conservandum deponi. Eod. nr. 146 sqq.: Secundo, sic coram Senatoribus conditur testamentum, si illud in charta scriptum his offeratur, ut tanquam testamentum recipiant, etsi non fuerit lectum. Non enim necesse est coram iis voluntatem palam exponere ac manifestare. Sed integrum est testatori eam in schedula a se vel alio scriptam clausam et obsignatam Senatoribus insinuare, modo expresse dicat, in ea contineri ultimam suam voluntatem, ut isti de eo dubitare non possint. Efficitque sola oblatio, ut pro judiciali testamento sit, etsi nec testes adhibiti sint scriptioni, nec testator scripserit, nec aliud quid accesserit.

[2]) j. die Literatur bei Bangerow II § 447 Anmerk.

[3]) v. Keller, Pandekt. § 479: Die Ueberreichung eines schriftlichen Testaments durch einen Stellvertreter ist durchaus unzulässig, indem das Gericht volle Gelegenheit haben muß, sich von dem freien Willen des Testators zu vergewissern. Stellvertretung ist also hier ebenso entschieden zu verwerfen, wie bei allen anderen Formen des Testaments.

§ 101. «Ein dergleichen Aufsatz muß aber von ihm selbst eigenhändig ge- oder wenigstens unterschrieben sein.»

§ 102. «Ob dieses nothwendige Erforderniß wirklich beobachtet worden, darüber muß der Richter den Testator ausdrücklich vernehmen.»

77. Den Sinn des unklar gefaßten § 101 gibt das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch richtig wieder, indem dasselbe bestimmt:

§ 587. „. . . Die schriftliche Anordnung muß von dem Erblasser wenigstens eigenhändig unterschrieben seyn . . ."[1]

Es ist also die eigenhändige Unterschrift allemal erforderlich, aber auch allein wesentlich.[2] Hierin liegt eine Abweichung von dem Justinianischen Rechte, welches bei dem testamentum holographum die Unterschrift des Testators für entbehrlich erklärte.[3]

Ein aus mehreren zusammenhängenden Blättern bestehender Aufsatz braucht nur am Schlusse die Unterschrift an sich zu tragen, wiewohl es sich als eine häufig geübte Vorsichtsmaßregel empfehlen mag, ihn am Schlusse jeder Seite mit der Unterschrift zu versehen.[4] Jedenfalls

---

[1]) Württemb. Land-Recht Th. III Tit 3 § 5 f. oben Nr. 75.

Baierisches Landrecht Th. III Kap. 4 § 2. „Judicialiter ad Acta wird testirt, wenn man 1mo seinen letzten Willen vor Obrigkeit entweder mündlich oder schriftlich declarirt, welches jedoch 2do der Testator nicht durch einen andern, sondern allezeit selbst in persönlicher Gegenwart . . . verrichten soll."

Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 587 f. oben Nr. 75.

Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 2096 f. oben Nr. 75.

Großh. Hessischer Entw. Abth. III Art. 91. „Der Erblasser muß die Uebergabe seines letzten Willens in Selbstperson bewirken*—."

[2]) Dagegen verordnet das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2096. „Der Erblasser kann seinen letzten Willen, welchen er dem Gerichte übergeben will, selbst niederschreiben oder durch einen Andern niederschreiben lassen. . . . Der Mangel der Unterschrift schadet der Gültigkeit des letzten Willens nicht . . ."

[3]) Entsch. des K. Ober-Trib. I. S. 81 f. — Koch, Beurtheil. der ersten Zehn Bände der Entsch. des K. Ob. Trib. S. 27.

[3]) l. 28 C. de testament. (6, 23) . . . sancimus, si quis sua manu totum testamentum, vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit: sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur, neque ab eo, neque pro eo ab alio . . .

[4]) S. Stryk, de caut. test. Cap. XV § 7: Sed quid de eo sentiendum, quod testatores communiter observare consueverunt: ut scilicet, si testamentum ab alio conscriptum, mox sub ultima cujusvis paginae linea nomen suum apponant? Respondeo, illud nullo juris textu requiri, adeoque ad solenni-

muß aber derselbe am Schlusse vom Testator unterschrieben sein, widrigenfalls der nicht unterschriebene Theil des Aufsatzes nicht gilt.[1])

78. Die Vorschrift des § 102, welche auch das Oesterreich. bürg. Gesetzbuch aufgenommen hat,[2]) enthält lediglich eine Anweisung für den Richter, die, in wohlgemeinter Fürsorge für den Testator, nur den Zweck hat, die Nachholung der etwa fehlenden Unterschrift zu bewirken. Ihre Unterlassung ist daher durchaus unschädlich, sobald jene Formvorschrift beobachtet ist.[3])

---

§ 103. «Außer diesem und dem, was unter § 145 ff., verordnet wird, muß der Richter aller Fragen über den Inhalt des Testaments sich enthalten, vielmehr dasselbe nur in Gegenwart des Testators überschreiben; dem Siegel, mit welchem das Testament auswendig verschlossen ist, das Gerichtssiegel beifügen; über die Handlung selbst ein vollständiges Protocoll aufnehmen; und dieses Protocoll von dem Testator mit unterzeichnen lassen.»

79. Nach dieser Vorschrift bildet das von dem Richter über die Uebergabe des letzten Willens aufgenommene, von dem Testator mit zu unterzeichnende Protokoll eine wesentliche Testamentssolennität, durch deren Vollendung der Testirakt erst seinen Abschluß erhält.[4]) Anders nach gemeinem Rechte.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 7. Februar 1855: Ein testamentum judici oblatum bedarf keiner weiteren Förm-

---

tatem testamenti non pertinere, sed moribus esse introductum, ut eo cautius versarentur homines circa condendas ultimas voluntates. Cautela ergo haec, licet vulgaris, non tamen contemnenda est . . .

[1]) Vergl. den in der Sammlung civilrechtl. Entscheid. des k. k. obersten Gerichtshofes zu Wien II Nr. 563 mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) § 587. „. . . Das Gericht hat den Erblasser auf den Umstand, daß seine eigenhändige Unterschrift beygerückt seyn müsse, aufmerksam zu machen —"

[3]) Entscheid. des K. O. Trib. B. 17 S. 224 und Striethorst, Archiv B. 13 S. 83.

[4]) Wenn daher der Testator, nachdem er die seinerseits erforderlichen Erklärungen vollständig abgegeben hat, an der Unterzeichnung des dieselben beurkundenden Protokolles durch den Tod gehindert wird, so kann die letztwillige Verordnung nicht bestehen. Bornemann, Syst. Darst. VI S. 33 (2. Ausg.). Nach Sächsischem Rechte wird das Gegentheil angenommen. L. Höpfner,

lichkeiten, als daß es von dem Testator in Selbstperson bei dem Gerichte als das seinige zur Aufbewahrung übergeben worden, und diese Uebergabe aus den Gerichtsacten erweislich ist. Das deßfallsige Protokoll erscheint nicht als eine Testaments-Solennität, sondern nur als Voraussetzung der Constatirung jener Uebergabe des Testamentes durch den Testator. Alles, was hinsichtlich der Deposition eines Testamentes von und vor dem Gerichte geschieht, wird allein des Beweises halber vorgenommen. Es kommt alles darauf an, daß durch den öffentlichen Glauben des Gerichts dasjenige bewahrheitet werde, was bei dem schriftlichen Privattestamente durch die Zeugen und die Erklärung des Testirenden in einer bestimmten Weise dargethan werden soll, nämlich die Identität der Person des Testators und seiner letzten Willensordnung.

(Seuffert, Archiv IX Nr. 308.) [1])

Auch ältere Partikularrechte gedenken eines solchen Protokolles, stellen demselben aber den auf den verschlossenen Umschlag des Testaments zu setzenden amtlichen Vermerk gleich.[2])

Von den neueren Gesetzbüchern verordnen

das Oesterreichische § 587. „. . . Ueber das Geschäft (der gerichtlichen Testamentsübergabe) ist ein Protokoll aufzunehmen —"

das Sächsische § 2097. „Der Erblasser hat bei der Uebergabe seines letzten Willens bei dem Gerichte zu erklären, daß in der Urkunde, welche er übergiebt, sein letzter Wille enthalten sei. Das Gericht hat über diese Erklärung des Erblassers und darüber, daß der letzte Wille von demselben persönlich übergeben und das Gerichtssiegel aufgedrückt worden, ein Protocoll aufzunehmen."

80. Der Beisatz: „in Gegenwart des Testators" enthält kein wesentliches Erforderniß.[3])

Beiträge zur Praxis I S. 57: Nach Const. Sax. P. III c. 3 muß mit Rücksicht auf unitas actus angenommen werden, daß ein gerichtliches Testament gültig ist, falls der Testator dasselbe geschrieben überreichte, nun plötzlich starb und unmittelbar darauf das Protocoll vollzogen ward.

[1]) Vergl. auch den Bescheid des O. A. G. zu Celle vom 28. Novbr. 1850 (ebendas. V Nr. 194).

[2]) Württemb. Land-Recht Th. III Tit. 3 § 6. — Baierisches Landrecht Th. III Kap. 4 § 2 Nr. 12, in Verbindung mit Kreittmayr a. a. O. Nr. 9 u. 11.

[3]) Erkenntniß unseres Ob.-Trb. vom 16. Januar 1863: Die Versiegelung und Ueberschreibung im Beisein des Testators fällt in die Reihe derjenigen Maßregeln, welche lediglich zur Erhöhung der durch die gerichtliche Uebergabe bereits erzielten und für sich allein schon genügenden Sicherheit dienen sollen. Möchte dieser Akt wegen § 139 d. T. bis zur Emanation des § 33 des Anhanges zur formellen Rechtsbeständigkeit eines Testaments oder Codicills unentbehrlich gewesen sein, obwohl dies schon im Concluſum der Ges.-Commiſſ.

Von mündlich aufgenommenen Teſtamenten.

§ 104. «Will der Teſtator ſeine Verordnung mündlich zum Protokoll erklären, ſo muß der Richter Alles beobachten, was nach Vorſchrift der Prozeßordnung zu einem gerichtlichen Protokoll erfordert wird.»

§ 105. «Das Protocoll muß der Teſtator mit unterzeichnen; der Richter aber muß daſſelbe in ſeiner Gegenwart mit dem Gerichtsſiegel verſiegeln und überſchreiben.»

81. Dieſe Teſtamentsform (das ſ. g. testamentum apud acta conditum) [1]) findet ſich ſchon im römiſchen Recht, wiewohl ſie ihre heutige Geſtalt erſt der gemeinrechtlichen Praxis verdankt.[2])

Das im § 105 dem Richter zugewieſene Geſchäft der Verſiegelung und Ueberſchreibung [3]) kann ebenſo gültig von dem Aktuar oder Protokollführer vorgenommen werden, zu deſſen Funktionen es gerade ge-

---

vom 13. Febr. 1798 und in dem darauf erlaſſenen Reſcr. vom 26. deſſelb. M. verneint wird, ſo kann dieſe abſolute Unentbehrlichkeit doch ſeit jenem Zeitpunkte nicht mehr anerkannt werden. Vergl. Erkennt. vom 13. Juni 1845 Entſch. B. 11 S. 242. (Entſcheid. des K. Ob. Trib. B. 49 S. 137 f.)

[1]) auch wohl explicitum genannt, im Gegenſatz zu dem gerichtlich übergebenen — test. implicitum.

[2]) Glück, Com. B. 34 S. 154—165.
Spangenberg im Archiv für die civil. Praxis B. 5 S. 159—173.
Seuffert, Archiv XVI Nr. 231.
Die Vorleſung des Protokolls iſt nach gemeinem Recht nicht nothwendig. Berger, Responsa P. II resp. 173: Non est necesse, ut testamentum judiciale, idemque nuncupative et explicite conditum, atque ab actuario consignatum, testatori praelegatur. Dagegen erfordert ſie ausdrücklich das Württembergſche Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 3 § 3. („Welches dann alsbald durch den geſchworenen Schreiber in der Teſtirenden Perſon und deß Gerichts gegenwärtigkeit ordentlich eingeſchrieben, und der Teſtirenden Perſon wiederum vorgeleſen werden ſoll: Mit Erinnerung, ob es alſo recht, und ihres gefallens eingeſchrieben oder nicht, damit kein Mangel daran ſey.") — eine Vorſchrift, die ſich im Revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 1 Art. 4 § 1 wörtlich aufgenommen findet. — So verordnet auch das Sächſ. Geſetzb. § 2094. „Wird der letzte Wille mündlich zu Protocoll erklärt, ſo muß dieſes dem Erblaſſer vorgeleſen und nach erfolgter Genehmigung von ihm unterſchrieben, und, daß dieſes Alles geſchehen, im Protocolle bemerkt werden ..."

[3]) Die Allg. Ger.-Ord. Th. II Tit. 4 § 4 ſagt nur, daß die Deputation die Einſiegelung und Ueberſchreibung zu beſorgen habe.

hört.[1]) Umgekehrt würde auch der Umstand, daß das Testaments-Protokoll von dem Richter niedergeschrieben und von dem Aktuar bloß mit unterzeichnet ist, dem Testament die Gültigkeit nicht entziehen.[2]) Ebenso wenig ist es ein wesentliches Erforderniß, daß die Niederschreibung des Testaments-Protokolles in der unmittelbaren Gegenwart des Testators erfolge,[3]) da die Testamentshandlung ihrer Hauptsache nach nur in der mündlichen Erklärung des letzten Willens durch den Testator, so wie in der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des darüber aufgenommenen Protokolles besteht.[4]) — Ganz müßig ist die Vorschrift des § 106, welche dem Testator gestattet „dem Gerichtssiegel noch sein eigenes oder ein anderes selbstgewähltes Petschaft beizufügen." Genug, daß eine solche Privatbesiegelung vom Gesetz nicht gefordert wird; daß sie zuläßig ist, braucht das Gesetz uns nicht zu sagen.

---

[1]) Es kommt überhaupt gar nicht darauf an, durch wessen Hand jenes Versiegeln und Ueberschreiben geschehen ist, da nach der angeführten Vorschrift der Allg. Ger. Ord. die auf den versiegelten Umschlag des Testaments zu setzende Registratur von sämmtlichen Mitgliedern der Deputation zu unterschreiben ist.

Vergl. auch Striethorst, Archiv B. 6 S. 201 f.

Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 27 S. 337 f.

[2]) Bornemann, Syst. Darst. (2. Ausg.) VI S. 28, 29. Als argumentum a contrario läßt sich anführen das Präjudiz unseres Ob.-Trib. vom 10. September 1846 Nr. 1779: Ein von dem Richter einem der zugezogenen Schöppen über die Aufnahme des Testaments in die Feder diktirtes, und von dem Richter nicht selbst niedergeschriebenes Protokoll ist keineswegs bloß aus diesem Grunde nichtig (Entscheid. B. 13 S. 197 f.).

[3]) Anders nach Französ. Recht. Les Codes annotés de Sirey I Vol. art. 972 nr. 6: Le testament écrit par le notaire dans une chambre autre que celle où se trouve le testateur et où celui-ci lui a exprimé ses dernières volontés, alors surtout qu'il y a impossibilité de converser de l'une à l'autre, est nul comme n'ayant pas été dicté par le testateur au notaire, c'est-à-dire prononcé mot à mot au notaire qui doit écrire en même temps que le testateur dicte.

[4]) Koch, Schlesisches Archiv V S. 220.

Aus demselben Grunde erzeugt es auch keine Nichtigkeit des zum gerichtlichen Protokoll erklärten Testamentes, wenn einer der bei dessen Aufnahme zugezogenen Gerichtsschöppen sich während der Verhandlung nicht ununterbrochen anwesend befunden hat, sofern nur das vollständig besetzte Gericht bei der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolles gegenwärtig gewesen ist. S. das in der Note 2 angeführte Präjudiz.

82. Die Frage:

ob eine gerichtlich aufgenommene letztwillige Verfügung wegen der darin versäumten Angabe des Ortes und der Zeit der Aufnahme für ungültig zu erachten sei,

ist in dem in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts" (VII. S. 377 f.) mitgetheilten Rechtsfalle mit Recht in allen Instanzen verneint worden. — Diese Ansicht stimmt auch mit der gemeinrechtlichen Praxis überein.[1])

---

§ 107. «Uebergiebt der Testator sein Testament oder Codicill offen und unversiegelt, so muß er vernommen werden: ob ein solcher Aufsatz nur bei einer mündlich zu errichtenden Disposition zum Grunde gelegt, oder als ein schriftliches Testament angesehen werden solle.»

§ 108. «Will der Testator, daß ein solcher Aufsatz als ein schriftliches Testament gelten solle, so darf der Richter bloß nachsehen: ob derselbe von dem Testator unterschrieben sei, und muß, wenn dieses nicht ist, die Unterschrift förderſamst bewerkstelligen lassen.»

§ 109. «Sodann muß er die Erklärung des Testators, daß dieser Aufsatz seine letzte Willensmeinung enthalte, unter demselben verzeichnen.»

§ 110. «Hierauf muß der Aufsatz in Gegenwart des Testators mit dem Gerichtssiegel versiegelt, überschrieben, und mit Aufnehmung des Protocolls über die Handlung, nach Vorschrift des § 103, weiter verfahren werden.»

§ 111. «Erklärt aber der Testator, daß der offen übergebene Aufsatz einen bloßen vorläufigen Vermerk der Punkte, wegen welcher er jetzt mündlich verordnen will, enthalte, so ist derselbe, nach erfolgter Aufnahme des mündlichen Testaments, von keinem ferneren Gebrauche.»

83. Diese, noch dazu sehr weitschweifig gefaßten Vorschriften stehen nicht allein am ungehörigen Orte, weil sie sich auf das gerichtlich über-

---

[1]) Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. 1 def. 11: „... quaestio agitata fuit: num ob omissionem temporis testamentum vitietur. Sane testamentis

gebene Testament beziehen, sondern sind auch ganz überflüßig, da das darin Gesagte schon aus dem Vorhergehenden folgt. Eine letztwillige Verfügung kann dem Gericht sowohl versiegelt, als unversiegelt übergeben werden. In dem einen wie in dem andern Falle liegt ein testamentum judici oblatum vor. Es sind daher beide Fälle im Wesentlichen nach denselben Formvorschriften zu behandeln. Daß bei einem offen übergebenen Testamente der Richter sich sofort durch eigene Einsicht über das Vorhandensein des im § 101 vorgeschriebenen Erfordernisses überzeugen kann und daher in diesem Falle der ihm im § 102 zur Pflicht gemachten Vernehmung des Testators nicht bedarf, macht keinen Unterschied, da es ganz gleichgültig ist, auf welche Weise dem Richter die erforderliche Gewißheit gewährt wird. Eine wesentliche Verschiedenheit könnte man nur in der Bestimmung des § 109 finden, falls man überhaupt den hier vorgeschriebenen Vermerk für ein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit des Testamentes ansieht. In diesem Sinne hat sich allerdings unser höchster Gerichtshof in einem Erkenntnisse vom 26. November 1849[1]) ausgesprochen, während das vormalige Ob.-Land.-Gericht zu Breslau in einem Erkenntnisse vom Jahre 1844[2]) das Entgegengesetzte angenommen hat. Die letztere Ansicht würde jedenfalls vom Standpunkte der Gesetzgebung aus festzuhalten sein, da nicht abzusehen ist, wie ein der Gerichtsdeputation offen überreichtes, demnächst von derselben mit dem Gerichtssiegel verschlossenes und mit der vorschriftsmäßigen Aufschrift versehenes Testament zur Feststellung seiner Identität noch eines besonderen vor der Versiegelung darunter zu setzenden Vermerkes bedürfen soll. Die Besorgniß, daß nach der Publikation einem solchen mit dem gedachten Vermerke nicht versehenen Aufsatze ein anderer untergeschoben werden könnte, ließe sich mit demselben Rechte bei einem dem Richter verschlossen überreichten Testamente aufstellen, wenn nicht in dem einen

diem et consulem adscribi consuevisse notum est, quamquam cum dies et consules adjecti non erant, non eo minus valebit testamentum, ut ex Modestino notet Brissonius lib. 7 form. et Cujacius. Et inter solennia testamenti adscriptio temporis nusquam refertur. Cui convenienter insignis Galliae Pragmaticus Joan. Faber scribit, expedire quidem, at non necessarium esse tempus testamento adscribi; et ita Senatus (suprema Frisiorum curia) censuit de testamento, cui annus quidem adscriptus, dies vero et mensis in eo omissi (27 Mens. Octob. 1632).

cf. Voet, com. ad P. XXVIII, 1 nr. 25.

[1]) Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 19 S. 159 f.

[2]) Juriſt. Wochenschrift 1844 S. 609 f.

Vergl. auch das Min.-Reſcr. vom 9. Aug. 1802 (N. Archiv B. 3 S. 3).

wie in dem andern Falle in der nach einem allgemeinen Gerichtsgebrauche nach der Testaments-Eröffnung auf die letztwillige Urkunde zu setzenden Publikationsvermerk ein Schutzmittel gegen jede Unterschiebung zu finden wäre.

---

§ 112. «Jedes gerichtlich aufgenommene oder übergebene Testament und Codicill muß, mehrerer Sicherheit wegen, in dem Deposito des Gerichts aufbewahrt, und dem Testator ein Recognitionsschein über die erfolgte Niederlegung ausgefertigt werden.»

84. Mit der in den §§ 101—110 beschriebenen An- und Aufnahme letztwilliger Verfügungen ist der gerichtliche Testamentsakt beendet, der letzte Wille bei Beachtung jener Vorschriften in formgültiger Weise beurkundet. Es ist nun Sache des Richters, für die gehörige Aufbewahrung der aufgenommenen oder übergebenen Testamente und Codicille zu sorgen. Was in dieser Hinsicht die Allgemeine Ger.-Ordnung Th. II Tit. 4 § 8 vorschreibt, ist nicht als ein der gerichtlichen Testamentsform noch hinzutretendes, diese erst zum Abschluß bringendes Erforderniß aufzufassen.[1]) Dagegen spricht schon unser § 112, welcher die gerichtliche Niederlegung des Testaments nur „mehrerer Sicherheit wegen" verordnet, mehr aber noch der unten angeführte § 33 des Anhangs.[2]) Nur die Fortdauer der Gültigkeit des Testaments ist durch das Verbleiben desselben in der gerichtlichen Verwahrung insofern wesentlich bedingt, als die letztwillige Verfügung ihre Gültigkeit verliert, sobald der Testator sie aus der gerichtlichen Gewahrsam zurücknimmt.[3])

---

[1]) Es handelt sich hierbei immer nur um eine, durch Geschäfts-Instruktionen zu regelnde, innere Angelegenheit des Gerichts. Von diesem Gesichtspunkte ist auch das Sächs. bürgerl. Gesetzbuch ausgegangen, welches der gerichtlichen Niederlegung der Testamente gar nicht gedenkt. Siebenhaar, Com. III S. 237.

[2]) Vergl. Bornemann, VI S. 29, 30.
Koch, Schles. Archiv V S. 220 f.
Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 11 S. 203 f.

[3]) §§ 565, 566 d. T. In diesem Sinne ist daher auch nur die von älteren Gesetzgebungen angedeutete Nothwendigkeit des Verbleibens des Testamentes in der gerichtlichen Verwahrung zu verstehen.
Vergl. Frankf. Reformation Th. IV Tit. 1 § 10 a. E.
Württemb. Land-Recht Th. III Tit. 3 § 5 a. E.
Baierisches Land-Recht Th. III Kap. 4 § 2 Nr. 14.
Dafür läßt sich auch in Beziehung auf unser Landrecht der Umstand

Der Grund davon ist aber nicht, daß es dem Testamente nunmehr an einer wesentlichen Form gebricht,[1]) sondern allein die durch die Zurücknahme kund gegebene Willensänderung des Testators.

Was bei Testamenten der Blinden, Gelähmten und des Schreibens unerfahrenen Personen zu beobachten.

§ 113. «Blinde, des Lesens und Schreibens unerfahrene, ingleichen solche Personen, welche an den Händen gelähmt, oder deren beraubt sind, können nur mündlich zum Protokoll testiren.»

§ 114. «Doch steht es ihnen frei, einen schriftlichen Aufsatz ihres letzten Willens, nach Maaßgabe § 108, offen zu übergeben, welchen der Richter dem Testator vorlesen, auch was derselbe dabei erklärt hat, in einem dem Aufsatze beizufügenden, und mit ihm zu versiegelnden Protocoll bemerken muß.»

§ 115. «In allen Fällen, wo der Testator das Protocoll über die Erklärung seines letzten Willens, oder dessen Uebergebung, es sei aus welcher Ursache es wolle, nicht selbst unterschreiben kann, muß das Handzeichen desselben durch zwei dabei zugezogene glaubwürdige Männer bezeugt werden.»

§ 116. «Diese Zuziehung und Unterschrift zweier Zeugen ist auch alsdann erforderlich und hinreichend, wenn der Testator auch nur ein bloßes Handzeichen beizufügen nicht im Stande wäre.»

a) Testament eines Blinden.[2])

85. Eine vollständige Blindheit ist hier nicht vorausgesetzt. Es

---

geltend machen, daß nach § 604 d. T. bei einem durch Versehen des Gerichts verloren gegangenen Testamente die Ausmittelung des Inhalts durch Beweis zulässig ist.

[1]) So faßt es z. B. Griesinger (Comm. über das Württ. Landrecht V S. 44) auf, indem er bemerkt, „daß das Testament für ungültig angenommen werden müsse, sobald es der Erblasser vom Gerichte hinweg wieder zu sich zurücknehme, weil die ganze Kraft und Glaubwürdigkeit eines gerichtlich hinterlegten Testaments auf der gerichtlichen Hinterlegung beruht."

[2]) In Betreff des gemeinen Rechts ist zu verweisen auf:
Justinian. l. 8 C. qui test. fac. (6, 22). Kaiserl. Not.-Ord.

genügt zur Nothwendigkeit der vorgeschriebenen Form auch eine derartige Schwachsichtigkeit, welche es dem Testator unmöglich macht, die dem Richter überreichte letztwillige Verfügung zu lesen. Denn es ist alsdann der Testator außer Stande, die Echtheit des übergebenen Schriftsatzes zu prüfen, weshalb auch das Gericht durch die bloße Uebergabe die rechtliche Gewißheit nicht erlangen kann, daß die betreffende Schrift wirklich den letzten Willen des Testators enthalte.[1])

Ebensowenig darf ein Blinder die vor seiner Erblindung aufgesetzte, gehörig unterschriebene letztwillige Verordnung dem Gerichte verschlossen überreichen.

b) Testament eines Schreibensunfähigen.[2])

86. Dazu gehört Jeder, der das Testaments-Protokoll zu unterschreiben außer Stande ist, sei es aus Unkunde, sei es aus physischem Unvermögen — also derjenige nicht, der eben nur seinen Namen schreiben kann, sonst aber so wenig zu schreiben als Geschriebenes zu lesen versteht,[3]) wohl aber andererseits derjenige, der vollkommen

---

von 1512 Tit. II. Von Testamenten § 9. Glück, Com. B. 34 S. 26—47. Fein, Forts. B. 45 S. 91—94. Heimbach in Weiske's Rechtslex. X S. 832—836.

Mit dem gemeinen Recht stimmen auch mehrere ältere deutsche Partikularrechte überein.

Revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 1 Art. 6 (wörtlich aufgenommen in das Verbesserte Land-Recht des K. Preußen von 1721).

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 7.

Dagegen lassen es bei der gewöhnlichen Testamentsform bewenden:

das Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 16.

die erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 1 § 7.

Das Württemb. Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 2 § 4 macht nur den einzigen Unterschied, daß der Blinde bei Testamenten, wozu Zeugen erfordert werden, noch einen Zeugen mehr nöthig hat, als andere Personen (Griesinger, Comm. V S. 23).

Nach dem Oesterreichischen sowie nach dem Sächsischen bürgerl. Gesetzbuche können Blinde in gewöhnlicher Form ein gerichtliches Testament errichten.

[1]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle in Seuffert's Archiv I Nr. 355.

[2]) Vergl. Glück, Com. B. 34 S. 47—53. S. 403—413. Heimbach im Rechtslex. X S. 781, 782. Thibaut im Archiv für die civ. Praxis VI S. 226—237 (Ueber Testamente der Schriftunkundigen). v. Langenn und Kori, Erörter. prakt. Rechtsfragen II Nr. 26 S. 264—272 (2. Ausg. Leipzig 1850). Seuffert, Archiv XI Nr. 255. Emminghaus, Pandekt. des gem. Sächs. Rechts S. 166 Nr. 251—254.

[3]) Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 4. Oktober 1854: Die Vorschrift des § 72

schreibenserfahren, aber gerade zur Zeit der Testamentserrichtung durch einen Zufall am Schreiben gehindert ist. Die klaren Worte des Gesetzes führen nothwendig zu diesem Satze, dessen Vernunftwidrigkeit offen zu Tage liegt.[1]) Die Frage, ob eine mit geführter Hand geleistete Unterschrift für eine eigenhändige Unterschrift gelten könne, ist mehr That- als Rechtsfrage, da hierüber die obwaltenden Umstände entscheiden.[2])

87. Die zugezogenen Zeugen haben durch ihre, Namens des Testators geleistete Unterschrift die nur durch Handzeichen geschehene oder ganz fehlende Unterzeichnung des Testators zu ergänzen.

---

des Anhangs zu § 19 Tit. 10 Th. I der Allg. Ger.-Ord. ist nur auf prozessualische Verhandlungen zu beziehen. Bei Aufnahme letztwilliger Verordnungen bedarf es, wenn der Erblasser auch bloß seinen Namen schreiben kann, bloß seiner Unterschrift, nicht auch der Zuziehung von Zeugen (Striethorst, Archiv B. 15 S. 59 f.). — Auch nach der Praxis des gemeinen Rechts wird derjenige, der zwar nicht lesen, aber seinen Namen schreiben kann, nicht als Analphabet betrachtet.

Leyser, med. ad P. spec. 353 m. 3: Jura de imperitis literarum constituta ad eos, qui legere nequeunt, sed nomen tamen suum subscribere possunt, non pertinent. (Es wird dabei eine Entscheidung der Helmstädtschen Jur. Facultät vom November 1724 mitgetheilt: „Es mag die Dorothea nicht ganz pro imperita literarum geachtet werden, da sie nach des Notarii Zeugniß das Testament, so gut sie gekonnt, unterschrieben.") Auch in einem Responsum der Leipziger Jur. Fac. vom August 1780 wird gesagt: „... Es sind Beispiele vorhanden, daß schriftliche Testamente solcher Leute, die wirklich nicht Geschriebenes lesen können, jedoch aber ihren Namen so ziemlich oder gleichsam nur malen gelernt, aufrecht erhalten werden —" (Hommel, Rhaps. VI obs. 878).

[1]) Gesetz-Revision Pensum XVI S. 115, 116.

[2]) Vergl. Simon und v. Strampff, Rechtssprüche I S. 261 f. — Glück, Com. B. 34 S. 418, 419 bemerkt hierüber: Mehrere behaupten, wenn der Testirer selbst nicht schreiben kann, so könne die Unterschrift desselben auch mit geführter Hand geschehen und diese Unterschrift sei der Wirkung nach einer ganz eigenhändigen gleich zu achten. Berger, oecon. jur. Lib. II tit. 4 th. 4 not. 2 Hagemann und Günther, Archiv. Th. II Nr. IV S. 48—72. Nach dieser Meinung ist auch in der Praxis gesprochen worden. Hommel Rhaps. Vol. VI obs. 877. Allein in der Theorie ist diese Meinung schlechterdings zu verwerfen. Sie ist den Gesetzen geradezu entgegen, welche ausdrücklich vorschreiben, daß der Testator das Testament sua manu unterschreibe, eine geführte Hand ist aber keine eigene Hand. Es ist ja gerade in einem solchen Falle, da der Testator nicht schreiben kann, die Zuziehung eines achten Zeugen gesetzlich verordnet. — Dafür spricht auch die Vorschrift der Notar.-Ord. § 7: der Testator solle das Testament vor den Zeugen allein mit eigener Hand unterschreiben (S. 480).

Es ist daher wesentlich nichts weiter erforderlich, als die Unterschrift ihres eigenen Namens.[1])

88. Das im § 114 gedachte „dem Aufsatze beizufügende und mit ihm zu versiegelnde Protokoll" braucht nicht nothwendig unter den Aufsatz selbst gesetzt, sondern kann auch nebenbei aufgenommen werden, ohne daß es deshalb des im § 109 vorgeschriebenen Vermerkes bedarf.[2]) Der § 109 findet hier überhaupt gar keine Anwendung, da wir es in unserm Falle immer nur mit einer mündlich zum Protokoll erklärten letzten Willensordnung zu thun haben.

---

§ 117. «Die in allen dergleichen Fällen zuzuziehenden Testamentszeugen müssen überhaupt die Eigenschaften gültiger Instrumentszeugen besitzen.»

§ 118. «Insonderheit muß ihnen keiner derjenigen Mängel entgegenstehen, wegen welcher Jemand zur Ablegung eines jeden Zeugnisses überhaupt, nach Vorschrift der Prozeßordnung, unfähig ist.»

§ 119. «Wer selbst in einem Testamente oder Codicill zum Erben eingesetzt, oder mit einem Vermächtnisse darin bedacht worden, der kann bei diesem Testamente oder Codicill als Zeuge nicht gebraucht werden.»

§ 120. «Wer in den eigenen Privatangelegenheiten des Richters, wegen naher Verwandtschaft oder persön-

---

[1]) Vergl. Präjud. des Ob.-Trib. vom 30. Mai 1856 Nr. 2669: Wenn die bei Aufnahme eines Testaments, welches der Testator nicht unterschreiben kann, zugezogenen beiden Männer den Vermerk über das von dem Testator beigefügte Handzeichen unterschrieben haben, so kann daraus, daß sie das Handzeichen nicht selbst attestirt haben, und auch daraus, daß sie bloß ihren Namen schreiben, sonst aber weder lesen noch schreiben können, eine Nichtigkeit des Testaments nicht hergeleitet werden. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 33 S. 338 f.)

Im gemeinen Rechte herrscht großer Streit darüber, welchen Namen der octavus subscriptor zu schreiben habe. Glück, Com. B. 34 S. 403—413. Heimbach, im Rechtslex. X S. 781, 782. W. Sell, Versuche im Gebiete des Civilr. Th. I S. 222—225. — Das Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 580 bestimmt: „... Zur Erleichterung eines bleibenden Beweises, wer der Erblasser sey, ist es auch vorsichtig, daß Einer der Zeugen den Namen des Erblassers als Namensunterfertiger beysetze."

[2]) Vergl. Preuß. Gerichts-Zeitung Jahrg. 1861 S. 56.
Erkennt. des Ob.-Trib. vom 24. Febr. 1854 (Entsch. B. 27 S. 329 f.).

licher Verbindung mit selbigem, ein Zeugniß für ihn abzulegen nach den Gesetzen unfähig sein würde, den darf der Richter bei einem von ihm auf- oder abgenommenen Testamente als Zeugen nicht zuziehen.»

§ 121. «Andere Erfordernisse, welche die Gesetze bei einem zuläßigen oder gültigen Beweiszeugen vorschreiben, sind bei einem bloßen Testamentszeugen nicht nothwendig.» [1])

89. Durch die im § 117 enthaltene Hinweisung auf die Eigenschaften gültiger Instrumentszeugen und durch die in der neueren Gesetzgebung [2]) erfolgte Feststellung dieser Eigenschaften sind alle übrigen in den §§ 118 bis 121 gegebenen Vorschriften völlig entbehrlich geworden, da sie sich sämmtlich in der Notariatsordnung, und zwar in weit bestimmterer, wenn auch zum Theil allgemeiner Fassung wiederfinden. Aber auch in Betreff derjenigen Eigenschaften und Verhältnisse, welche im Allgem. Landrecht unberührt geblieben sind, ist die Fähigkeit oder Unfähigkeit eines Testamentszeugen lediglich nach den in der Notariatsordnung über die Erfordernisse eines gültigen Instrumentszeugen aufgestellten Grundsätze zu beurtheilen. [3])

---

§ 122. «Auch kommt es nicht darauf an, ob die Zeugen von dem Testator oder Richter gewählt worden, und es ist genug, daß sie nur alsdann gegenwärtig sind, wenn der Testator sein Handzeichen beifügt, oder im Falle er dazu nicht im Stande wäre, auch nur im Allgemeinen erklärt: daß ihm das Protokoll vorgelesen worden sei, und er den Inhalt desselben genehmige.»

90. Auch nach unserem Recht ist eine rogatio der Zeugen erfor-

---

[1]) Ueber die Stellung der Testamentszeugen überhaupt vergl. Ihering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik I S. 293, 294 und Unger, Syst. des österreich. allgem. Privatr. II S. 132 Note 13.

Die deutschen Landesrechte enthalten über die Erfordernisse eines Testamentszeugen nichts Eigenthümliches, da sie meist die Vorschriften des röm. Rechts wiederholen.

[2]) Gesetz über das Verfahren bei Aufnahme von Notariatsinstrumenten vom 11. Juli 1845 (Ges.-Samml. S. 487).

[3]) Dies ist in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts I S. 205 f. von dem Verfasser im Einzelnen nachgewiesen.

derlich, weil sie erst dadurch den juristischen Charakter als Solennitätszeugen erlangen können.[1]) Doch kommt es darauf, wie und durch wen jene Beiziehung bewirkt wird, überall nichts an.[2])

91. Ueber den Zeitpunkt des Testamentsaktes, in welchem die Gegenwart der Zeugen wesentlich nothwendig ist, spricht sich ein Erkenntniß des Appell.-Gerichts zu Hamm vom 6. September 1855 (A. 114) dahin aus:

> Der von den Verklagten aus dem § 122 I. 12 A. L. R. entnommene Einwand gegen die Gültigkeit des vorliegenden Testaments ist nicht begründet. Dieses Gesetz unterscheidet die beiden Fälle, ob der schreibensunfähige Testator sein Handzeichen beizufügen im Stande sei oder nicht. Im ersteren Falle genügt die Gegenwart der Zeugen im Zeitpunkte der Beifügung des Handzeichens,[3]) nur im zweiten Falle wird erfordert, daß der Testator sich in Gegenwart

---

[1]) Ueber die rogatio testium vergl. Consil. Tubing. Vol. V cons. 71. De testium testamentariorum rogatione, an et quatenus illa ab ipso herede, legatario vel notario, fieri possit? Quatenus illa ex testium subscriptione praesumatur? — S. Stryk, de caut. test. Cap. XV § 16: testes rogati esse oportet. § 17. Num rogatio praesumatur? § 18. Quomodo rogatio probetur? — Heimbach, in Weiske's Rechtslex. X S. 759.

Kaiserl. Notar.-Ord. von 1512 Tit. II Von Testamenten § 3. „Es ist auch im Testament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, sondern insonderheit zu Aufrichtung des Testaments berufen und genommen, oder aufs wenigste, wo sie ungeschickterding unberufen zugegen wären, dazu ermahnet und besprochen werden."

[2]) Erk. des O.-A.-G. zu Cassel von 1843 und 1844: Sowohl bei dem mündlichen, wie bei dem schriftlichen Testamente genügt es zu einer gehörigen Berufung der Testamentszeugen, daß sie vom Erblasser ausgegangen resp. genehmigt, und daß die Zeugen mit dem Zwecke ihrer Anwesenheit bei der Testamentserrichtung bekannt gewesen, oder vor Eröffnung des Acts damit bekannt gemacht worden seien. An eine besondere Förmlichkeit ist die rogatio testium nicht gebunden. (Seuffert, Archiv I Nr. 95, 1.) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 29. Juni 1861: Wenn es sich von selbst versteht, daß ein Anderer als der Testator nur mit dessen Wissen und Wollen die Rogation der Zeugen gültig vornehmen kann, so ist doch in den Gesetzen keineswegs vorgeschrieben, daß der Testator ausdrücklich dazu Auftrag ertheilt haben müsse. Hier unterliegt das Einverständniß des Testators keinem Zweifel, wenn er, gleich seiner mittestirenden Ehefrau, nicht nur der in seinem Beisein geschehenen Rogation nicht widersprochen, sondern darauf auch vor den so rogirten Zeugen das Testament für seinen letzten Willen erklärt und als solchen unterschrieben hat (ebendas. XV Nr. 32).

[3]) Präjudiz des Ob.-Trib. vom 25. Juni 1838 Nr. 491: Wenn der Testator Handzeichen zu ziehen im Stande ist, so muß solches, bei Strafe der Ungül-

der Zeugen zur Vorlesung des Protokolles bekenne und dessen Inhalt genehmige. Diese Unterscheidung beruht auf einem guten Grunde; denn der Testator gibt, wenn er dem Protokolle sein Handzeichen beifügt, gerade dadurch in Gegenwart der Zeugen seine Genehmigung des Protokolles zu erkennen, während es ohne diese Zeichnung an jeder sinnlichen Vergewisserung der Zeugen von der Genehmigung des Testators fehlen würde.[1])

92. Es fragt sich:

ob es nothwendig ist, daß der Testamentszeuge die Sprache des Testators versteht.

Dies wird nur dann zu bejahen sein, wenn der Testator nicht einmal sein Handzeichen unter das Protokoll zu setzen im Stande ist, weil es in diesem Falle seiner ausdrücklichen Erklärung bedarf, daß ihm das seinen letzten Willen enthaltende Protokoll vorgelesen worden und daß er den Inhalt genehmige, während eine solche Erklärung nicht nothwendig ist, wenn der Testator sein Handzeichen dem Protokolle beifügt.[2])

---

tigkeit des Testaments, in Gegenwart der zuzuziehenden zwei Zeugen geschehen. Die Erklärung des Testators vor denselben, daß die Handzeichen von ihm gezogen worden, ist nicht hinreichend. (Präjud.-Samml. S. 73.)

Vergl. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 11. März 1835: Da die Unterzeichnung des schriftlichen Testaments, im Beisein der Zeugen zu der nothwendigen Form gehört, und nur unter der Voraussetzung, daß über deren Wahrung kein Zweifel obwaltet, die Unterschrift der Zeugen eine genügende Beglaubigung der Unterschrift des Testators enthält, so muß, wenn die Zeugen, daß die Unterzeichnung des Testators in ihrer Gegenwart geschehen, nicht ausdrücklich bescheinigt haben, dieser Umstand besonders bewiesen werden. (Seuffert, Archiv I Nr. 95, 3.)

Vergl. auch Glück, Com. B. 34 S. 417, 418.

[1]) Die Französische Jurisprudenz nimmt an: Les témoins d'un testament authentique doivent être présents à la dictée du testament aussi bien qu'à sa lecture (Les Codes annotés de Sirey Vol. I art. 971 nr. 8).

[2]) Vergl. Ulpian. l. 20 § 9 D. qui test. fac. (22, 1): Non tamen intelligentiam sermonis exigimus; hoc enim Divus Marcus Didio Juliano in teste, qui latine non noverat, rescripsit, nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere.

Auch die Französ. Jurispr. nimmt an, es sei nicht nothwendig, daß die Zeugen die Sprache verstehen, in welcher die Verordnungen des Testirers diktirt und geschrieben sind.

Thilo, die Controversen des franz. Civilr. S. 306.

Testamente derer, welche der Sprache des Richters nicht mächtig sind.

§ 124. «Schriftliche Aufsätze eines letzten Willens kann der Testator in jeder ihm bekannten Sprache abfassen.»

93. l. 21 § 4 C. de testam. (6, 23): Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari.[1])

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 5. „Ad 1mum ist gleichgültig, ob das Testament von dem Testator . . . in aus- oder inländischer Sprache . . . verfertigt sey, sofern es nur leserlich, verständlich und in einer dem Testator bekannten Sprache gefaßt ist . . ."

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2096. „. . . Es ist gleich, auf welchem Stoffe und in welcher Schrift oder Sprache der letzte Wille geschrieben ist, doch ist Zeichenschrift[2]) ausgeschlossen . . ."

---

§ 125. «Wenn aber der Testator, bei der Uebergabe eines solchen Aufsatzes, sich dem Gerichte nicht verständlich machen kann, so müssen zwei vereidete Dollmetscher, oder zwei beider Sprachen kundige, eidlich zu verpflichtende Zeugen mit zugezogen werden.»[3])

94. Diese Dollmetscher bilden, den Gerichtspersonen gegenüber,

---

[1]) Vergl. Ulp. l. 11 pr. D. de leg. 3: Fideicommissa quocunque sermone relinqui possunt, non solum latina vel graeca, sed etiam punica vel gallicana, vel alterius cujuscunque gentis.

[2]) Mit der Zeichenschrift hat man insbesondere die Stenographie bezeichnen wollen. Diese hat man für ausgeschlossen angesehen, weil eine Vereinigung der Lehrer derselben über allgemein gültige Grundsätze zur Zeit noch nicht hat hergestellt werden können. Siebenhaar, Com. III S. 238.

Vergl. l. 6 § 2 D. de B. P. 37, 1: Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas literas non esse Pedius . . . scribit.

Kaiserl. Not.-Ord. von 1512 Tit. I § 19. „Item. Die Notarien sollen sich auch hüten, dann ihnen wird mit dieser Ordnung verboten, ihr Instrument . . . durch Ziffern, Zeichen oder Notas, sonderlich, die nicht gemeiniglich allen bekannt sind, dieweil dieselben gar leichtlich geändert und gefälscht werden mögen, sondern mit ganz gemeinen, leslichen und erkannten Buchstaben . . . in lateinischer oder deutscher Sprache schreiben."

Project des Corp. Jur. Frideric. P. II (1751) Lib. VII tit. 2 § 29. „Der Testator kann auch in allerhand Sprachen seinen letzten Willen declariren, nur muß er die gewöhnlichen Buchstaben, und keine hieroglyphischen Zeichen gebrauchen . . ."

[3]) Die übrigen §§ 126—132 enthalten umständliche Vorschriften hierüber, die

gleichſam das Organ des letztwillig Verfügenden[1]) und nehmen daher unläugbar eine wichtigere Stellung ein, als bloße Teſtamentszeugen. Es kann daher kein Bedenken haben, ſie im Falle der Schreibensunfähigkeit des Teſtators zugleich als Teſtamentszeugen zu gebrauchen.[2])

Wenn übrigens der § 132 beſtimmt, daß es auf die Gültigkeit der Handlung keinen Einfluß habe, „ob die Vereidung (der Dollmetſcher) vor oder nachher geſchehen iſt," ſo iſt damit nicht gemeint, daß die Vereidung nach dem Abſchluſſe des Teſtamentsaktes (vielleicht gar erſt nach Eröffnung des Teſtamentes) nachgeholt werden könne. Denn die

---

jedoch größtentheils völlig entbehrlich ſind. — Das Sächſ. bürgerl. Geſetzb. beſchränkt ſich auf die Vorſchrift § 2099. „Will Jemand, welcher der deutſchen Sprache nicht mächtig iſt, einen letzten Willen errichten, ſo iſt ein verpflichteter Dollmetſcher zuzuziehen."

Die gemeinrechtliche Praxis ſcheint bei dem gerichtlichen Teſtament eine ſolche Vermittelung der Willenserklärung durch Dollmetſcher nicht anzuerkennen. So lehrt Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 5 def. 5: Non subsistit testamentum ad interrogationem factam peregrino idiomate vel lingua, quam testes aut Scabini non callent, und fügt ein Urtheil des Leipz. Schöffengerichts vom Septbr. 1633 bei, welches ausſpricht: Obwohl Frau N. N., nachdem ſie aus dem Königreiche Böhmen nach Dresden ſich gewendet, und daſelbſten eine geraume Zeit über gewohnet, die Stadt-Gerichte zu ſich erfordern, und weil ſie der Teutſchen Sprache nicht kundig, durch einen Dolmetſcher, der in Böhmiſcher Sprache mit ihr geredet, und ſie befraget, ihren letzten Willen fürbringen laſſen ꝛc. Dieweil aber dennoch die abgeordnete Gerichts-Perſonen die Sprache, darinnen die Verſtorbene befragt worden, ſelbſten nicht verſtanden, ꝛc. So iſt auch ſolche Verordnung und Teſtament zu Recht nicht kräfftig noch beſtändig ꝛc.

Auch das Proj. des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Lib. VII tit. 2 § 29 enthält die Beſtimmung: „... Wann er (der Teſtator) den Gerichten ſeinen letzten Willen mündlich eröffnet, muß er ſich einer Sprache bedienen, welche die Gerichte verſtehen." — Hierauf läßt ſich auch beziehen, was das Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbeſſ. Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 1 Art. 4 § 4 erfordert — daß nämlich der Teſtator „vor der Obrigkeit, Rath oder Gericht mit verſtändlichen Worten ſein Gemüth und letzten Willen eröffne."

Auch Suarez ſprach ſich in der revisio monitorum zum ungedruckten Entwurf dahin aus: daß die mündlichen Teſtamente ſolcher Perſonen, welche die Sprache des Richters nicht verſtehen, gar nicht zu geſtatten ſeien, indem die Anweſenheit des der Sprache gar nicht kundigen Richters der Verhandlung keinen größeren Glauben beilegen könne, als wenn das Teſtament von dem Teſtator privatim aufgeſetzt oder einem ſelbſtgewählten Dollmetſcher in die Feder diktirt worden ſei. Bornemann VI S. 35.

[1]) Siebenhaar, Com. zu dem Sächſ. bürgerl. Geſetzb. III S. 239.

[2]) Geſetz-Reviſion, Penſum XVI S. 118.

Vereidung der Dollmetscher bildet einen wesentlichen Theil der bei einem solchen Testamente zu beobachtenden Förmlichkeiten. Sie muß daher bei der Testamentshandlung selbst vorgenommen werden, wenn es auch gleichgültig ist, ob sie der Thätigkeit der Dollmetscher vorangeht oder nachfolgt.

Bei Testamenten, worin dem Richter etwas verlassen wird.

§ 133. «In einem schriftlich und versiegelt übergebenen Testamente können dem Richter, so wie jeder anderen, bei der Handlung der Abnahme mitwirkenden Person, Erbschaften und Vermächtnisse gültig zugewendet werden, ohne daß es weiter einer besonderen Form bedarf.»

§ 134. «Soll aber in einem mündlichen Testamente der Richter selbst zum Erben ernannt werden, so darf sich derselbe mit dessen Aufnehmung gar nicht befassen, sondern er muß den Testator damit an irgend ein anderes Gericht verweisen.»

§ 135. «Soll nur eine der übrigen bei der Handlung von Amtswegen mitwirkenden Personen zum Erben eingesetzt werden, so muß der Richter dieselbe davon sofort entfernen, und ihre Stelle nach den obigen Vorschriften (§§ 83, 84) durch andere ersetzen.»

§ 136. «Soll in einem solchen mündlichen Testamente dem Richter oder einer der übrigen bei der Handlung mitwirkenden Personen nur ein Vermächtniß ausgesetzt werden, so muß der Testator, daß solches wirklich seine Absicht sei, entweder bei der Unterschrift, oder am Rande, bei der gehörigen Stelle, eigenhändig bezeugen.»

§ 137. «Kann der Testator nicht selbst schreiben, so muß dieser Vermerk von zwei glaubwürdigen Zeugen eigenhändig beigeschrieben werden.»

§ 138. «Sind diese Vorschriften (§§ 136. 137) verabsäumt worden, so ist zwar nicht das ganze Testament, wohl aber das Vermächtniß unkräftig.»

95. Diese zum Theil dem S. C. Libonianum nachgebildeten Vorschriften[1]) geben zu manchen Zweifeln Veranlassung.

[1]) In Betreff der Entstehung derselben ist zu verweisen auf Bornemann VI S. 31 f.

a. Findet der § 133 auch in dem Falle Anwendung, wenn der Richter das verſiegelt übergebene Teſtament ſelbſt geſchrieben hat?

Dies wird nach unſerem Recht zu bejahen ſein, weil der Richter in ſeiner Eigenſchaft als ſolcher nur bei der Annahme des ihm verſchloſſen überreichten Teſtamentes thätig iſt, die vorherige Niederſchreibung der letztwilligen Verfügung daher gar nicht in den Bereich ſeiner amtlichen Thätigkeit fällt.[1])

b. Darf ſich der Richter mit der Annahme eines unverſiegelt übergebenen Teſtamentes, worin er zum Erben eingeſetzt iſt, befaſſen?

Man wird auch dieſe Frage bejahen müſſen, weil nicht der § 133, welcher in einem verſiegelt übergebenen Teſtamente den Richter zum Erben einzuſetzen geſtattet, ſondern der § 134, der ſich nur auf mündliche Teſtamente bezieht, das eigentliche Verbotsgeſetz iſt, als ſolches aber keine ausdehnende Auslegung zuläßt. Ueberreicht der Teſtator einen unverſiegelten Aufſatz, der als ſchriftliches Teſtament gelten ſoll, ſo hat ſich der Richter um deſſen Inhalt nicht zu bekümmern (§ 108). Er braucht daher auch ſeine darin enthaltene Erbeinſetzung nicht zu beachten.[2])

c. Ein Teſtator ernennt in ſeinem mündlich zum gerichtlichen Protokoll erklärten Teſtamente denjenigen zum Erben, deſſen Namen in einem dem Teſtamente verſiegelt beigefügten Aufſatze genannt iſt. Wenn dies der Richter iſt, welcher das Teſtament aufgenommen hat, iſt letzteres ungültig?

Nein, weil ein ſolches Teſtament in gemiſchter Form, nämlich zum

---

[1]) Geſetz-Reviſion, Penſum XVI S. 113, 114.

Rückſichtlich des gemeinen Rechts vergl. das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 19. Februar 1856. (Seuffert, Archiv XI Nr. 54.)

Das bürgerl. Geſetzb. für das K. Sachſen verordnet § 2076. „Perſonen welche bei Errichtung eines letzten Willens als Gerichts- oder Urkundsperſonen, oder als Zeugen thätig geweſen ſind, ... können aus dieſem letzten Willen nicht erwerben —“

Ueber das Oeſterreichiſche Recht ſ. Unger, das öſterreichiſche Erbrecht § 10 Note 19.

[2]) Vergl. Bornemann VI S. 32. A. M. iſt Koch Kom. zu § 133 d. T.

So iſt auch in dem von Koch, Schleſ. Archiv V S. 120 f. mitgetheilten Rechtsfalle die Frage, ob der Richter dadurch, daß ihm mit ſeinem Wiſſen in dem Teſtamente ein Legat verſchrieben worden, unfähig werde, bei der Annahme dieſes Teſtamentes das Amt des Richters zu übernehmen, von dem O.-L.-G. zu Breslau und dem Geh. Ob.-Trib. verneint worden.

Theil mündlich, zum Theil schriftlich und gerade in dem wesentlichsten Bestandtheile der Erbeinsetzung — der Bezeichnung der Person des Erben — nur schriftlich errichtet ist und daher in letzterer Hinsicht dem von dem Richter bloß angenommenen Testamente völlig gleichsteht.

d. Finden die §§ 134, 136—138 auch in dem Falle Anwendung, wenn nahe Verwandte des Richters zu Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht werden sollen?

Diese Frage wird mit Recht von unsern Rechtslehrern auf Grund der allgemeinen Vorschrift des § 13 Tit. 3 Th. III der Allgem. Ger.-Ord. bejaht.[1])

e. Ist bei einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift der §§ 134, 135 das Testament seinem ganzen Inhalte nach, also auch rücksichtlich der zu Gunsten anderer Personen darin getroffenen Bestimmungen ungültig?

Auch diese Frage können wir nur bejahen, theils wegen des im § 138 klar hervorgehobenen Gegensatzes, theils wegen des im folgenden § 139, unter ausdrücklicher Hinweisung auf die §§ 66—138, aufgestellten allgemeinen Grundsatzes. Der Satz: utile per inutile non vitiatur (welchen Bornemann VI. S. 30 hier heranzieht), bildet keine durchgreifende Rechtsregel, sondern findet nur da Anwendung, wo das Gesetz selbst bestimmt hat, was als utile aufrecht zu erhalten sei.[2])

Folgen der verabsäumten gesetzlichen Form.

§ 139. «Die vorstehend §§ 66—138 bestimmte Form eines Testaments ist, wo nicht bei einer oder der anderen Vorschrift die Ausnahme sogleich beigefügt worden, zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments oder Codicills dergestalt nothwendig, daß, wenn sie verabsäumt worden, der letzte Wille nicht bestehen kann.»

Anh. § 33. «Wenn das über die Errichtung oder Uebergabe des letzten Willens aufgenommene Protocoll vorschriftsmäßig abgefaßt, geschlossen und unterschrieben, auch

---

[1]) Bornemann VI S. 32, 33.
Koch, Kom. zum A. L. R. Anmerk. zu § 134 d. T.

[2]) Vergl. §§ 29, 138, 165, 452 d. T. §§ 381, 382, 436, 449 Tit. 2 Th. II A. L. R.
Vergl. auch Göschel, Zerstreute Blätter II S. 88.

die Identität des Aufsatzes gar nicht zweifelhaft ist; so soll der letzte Wille allein deswegen, weil das Gerichtssiegel nicht beigefügt, oder die Zeit, wo er dem Richter übergeben wurde, darauf nicht vermerkt worden ist, oder weil der Richter sonst bei der darauf folgenden Aufbewahrung einen Fehler begangen hat, nicht für ungültig geachtet werden.»[1])

96. Die Verabsäumung wesentlicher Förmlichkeiten hat die Nichtigkeit der letztwilligen Verordnung zur Folge.[2])

Papin. l. 1 D. de injust. rupt. (28, 3): Testamentum — non jure factum dicitur, ubi solemnia juris defuerunt.

Kaiserl. Notar.-Ord. von 1512 Tit. II Von Testamenten § 12. „Es sollen auch alle Notarien das Wissen haben, welche obgemelte Form der Testamenten, als aus Kayserlichen Gesetzen gegeben, mit Fleiß zu halten säumig werden, daß die, zu dem, daß die Testamenta, so anderst gemacht würden, von Kayserlichen Rechten nicht beständig seyn, die Poen des Rechten darum zu leiden, sich nicht enthalten mögen."

Erneuertes Gem. Land-Recht des Herzogth. Württemberg Th. III Tit. 3 § 15. „Was also bey obgesetzten Formen der Testamenten den Testirenden für ihre Personen in Auffrichtung ihrer Testamenten zu halten verordnet, solches alles als nothwendige und wesentliche Stücke der Testamenten, solle von ihnen fleißig und aygentlichen in acht genommen und gehalten werden. Dann da sie etwas hierinnen underlassen, soll ihr Verordnung für kein beständiges Testament gehalten werden, sondern nichtig und vonohnwürden seyn . . ."

Revidirt. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 (Verbessertes Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 6 Art. 1 § 6 a. E. „. . . Dann so ein Testament nicht in gebührender Form, bey, mit oder vor denjenigen, so darzu erfordert werden, fürgenommen und gemacht wäre, ist es krafftlos, dann oben geordnete Formen, wie sie auch an ihnen selbsten nicht schwer, gehalten werden sollen."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 601. „Wenn der Erblasser eines der hier vorgeschriebenen, und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat; so ist die letzte Willenserklärung ungültig."

Code civ. art. 101. „Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées à peine de nullité."

---

[1]) Vergl. Marcell. l. 183 D. de R. J. Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.

[2]) In Betreff des gem. Rechts ist zu verweisen auf Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Com. B. 38 S. 126 f. — Heimbach in Weiske's Rechtslexicon X S. 924.

Es fallen somit auch diejenigen im Testamente enthaltenen Verfügungen, welche an die Testamentsform nicht gebunden sind.[1])

Ulp. l. 1 § 1 D. de leg. 3: . . . Nihil in testamento valet, quotiens ipsum testamentum non valet.

Id. l. 1 D. de jur. cod. (29, 7): Saepissime rescriptum et constitutum est, cum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.

Papin. l. 41 § 3 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6): . . . Quae ita locum habebunt, si patris testamentum jure valuit; alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est —

Paul. l. 29 pr. D. quit est. fac. (28, 1): Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse.

l. 29 C. de fideic. (6, 42): Ex testamento, quod jure non valet, nec fideicommissum quidem, si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur, peti potest.

Diese Aussprüche der römischen Rechtsquellen sind nicht als Folgerungen eines von der späteren Zeit aufgegebenen Rechtsprinzipes zu betrachten; sie haben vielmehr auch nach dem Preußischen Rechte ihre volle Geltung. Dies ergibt die klare Vorschrift des § 139. Es ist hierbei zwischen Erbeseinsetzungen und solchen Verordnungen, welche für sich allein der Testamentsform nicht bedürfen, durchaus nicht unterschieden, ja, diese Unterscheidung durch die allgemeine Fassung des Gesetzes geradezu ausgeschlossen. Bei Verabsäumung der wesentlichen

[1]) Es beruht daher auf einer besonderen Begünstigung, wenn Vermächtnisse zu frommen Stiftungen aufrecht erhalten werden.

Lübisches Recht Lib. II Tit. 1 Art. 13. „Unangesehen, daß etzliche Testamente aus rechtmessigen ursachen, und aus mangel der gebürlichen Requisiten nicht confirmirt werden können, so sollen doch nicht desto weiniger die Legata zu Gottes ehr und milden sachen gegeben, die Testamentarien zu bezalen schüldig sein."

Baierisches Land-Recht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 24. „. . . Fehlt aber 3tio nur an andern innerlichen und äußerlichen Requisiten etwas, so bleiben gleichwohl fürs Erste die Legata pia, so weit sie genüglich zu erweisen sind . . ."

Das Project des Corp. Jur. Frider. Th. II (1751) will aber auch von dieser Ausnahme nichts wissen, indem es bestimmt (Lib. VII tit. 3 § 13): „Wann die in den vorhergehenden Articuln erforderten äußerlichen Solennitaeten fehlen, ist das Testament null und nichtig; auch quoad Legata, wann es schon in favorem piae causae vel principis gemacht worden."

Formvorschriften soll „der letzte Wille" nicht bestehen; das heißt doch wohl nichts Anderes, als: die ganze letztwillige Verordnung, ohne Unterschied ihres Inhaltes, fällt zusammen.

Dies steht auch mit dem Grundsatze über die Einheit testamentarischer Verfügungen in vollkommenem Einklange. Ein Testament bildet ein Ganzes. Es ist daher in allen seinen Theilen an die Testamentsform gebunden. Ist diese Form verabsäumt, so fehlt dem ganzen Testamente der Rechtsbestand,[1]) sofern nicht einzelne Theile, der Absicht des Testators gemäß, als für sich bestehende Anordnungen aufrecht zu erhalten sind. Dazu ist aber die ausdrückliche Lostrennung von der Testamentsform, d. h. die Erklärung des Testators, daß sein letzter Wille, soweit es zulässig ist, auch als ein unfeierlicher gelten solle, — die s. g. Codicillar-Clausel — nöthig.[2]) Nur dadurch gibt sich die Absicht des Testators kund, seiner letzten Willensordnung jedenfalls insoweit ihre Geltung zu sichern, als sie in der gewählten Form bestehen kann.[3])

97. Ein Testator, der ein wegen verabsäumter Form ungültiges Testament errichtet hat, verfügt in einem späteren in der gehörigen

---

[1]) Mit Recht enthält daher der Großh. Hessische Entwurf eines bürg. Gesetzb. Abth. III Art. 82 die Bestimmung: „Ein letzter Wille, bei welchem die für ihn vorgeschriebenen Formen nicht beobachtet worden sind, ist seinem ganzen Inhalte nach nichtig." Motive: „Das Gesetz kann nur dasjenige als letzten Willen anerkennen, was sich als solchen auch durch seine der Vorschrift entsprechende Form darstellt. Darum hat ein Mangel in der Form die Nichtigkeit des ganzen Acts, der Erbeinsetzung sowohl als der Vermächtnisse, zur Folge."

[2]) In diesem Sinne ist auch nach Preuß. Recht die Codicillar-Clausel noch von Wirksamkeit, wenn sie auch im Uebrigen durch die Vorschrift des § 279 d. T. alle praktische Bedeutung verloren hat (gleichwie im Oesterreichischen Rechte s. Unger, das österr. Erbr. § 56 Note 5). Der ebengedachte § 279 widerstreitet den obigen Grundsätzen nicht, wiewohl er einem anderen Prinzipe des röm. Rechts, nämlich dem: daß ein Testament mit dem Wegfallen des berufenen Erben alle Wirksamkeit verliert, zuwiderläuft. Er setzt ein rechtsgültiges Testament voraus, das aber in Beziehung auf die Erbeseinsetzung nicht in Kraft tritt, weil der berufene Erbe nicht erben will oder kann. In diesem Falle sollen die übrigen Verordnungen bestehen bleiben, nicht weil sie von der Testamentsform, sondern weil sie von der Person des Testamentserben unabhängig gedacht werden.

[3]) „Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts" I S. 6 f.

Hierdurch widerlegen sich von selbst die von dem Ob.-Trib. in dem Erkenntnisse vom 7. Febr. 1859 (Entscheid. B. 40 S. 108 ff.) für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemachten Gründe.

Teſtamentsform abgefaßten Codicille, daß der früher ernannte Teſtamentserbe gewiſſe Legate auszahlen ſolle.

Iſt dadurch das frühere Teſtament gültig geworden?

Nein; ein nicht in gehöriger Form errichtetes Teſtament kann niemals gültig werden. Wird die darin enthaltene Erbeinſetzung in gehöriger Form wiederholt, ſo iſt ein neues Teſtament vorhanden. Die bloße Beziehung auf die frühere Erbeseinſetzung genügt aber nicht, um ein neues Teſtament zu ſchaffen.

98. Zur Klage auf Nichtigkeitserklärung eines Teſtamentes wegen verabſäumter Form iſt jeder Inteſtaterbe für ſich allein, auch wenn er nicht alleiniger Inteſtaterbe iſt, legitimirt. Eine ſolche Klage iſt eine hereditatis petitio, gegründet auf das Inteſtaterbrecht des Klägers und gerichtet gegen den Teſtamentserben als angeblich unrechtmäßigen Erbſchaftsbeſitzer oder Erbſchaftsprätendenten. Sie kann deshalb von jedem nach Beſeitigung des Teſtamentes geſetzlich zur Erbſchaft Berufenen, jedoch nur auf Höhe ſeines Erbtheils angeſtellt werden. Denn das Erbrecht ſelbſt iſt keine Erbſchaftsforderung, die vor der Theilung der Erbſchaft nur von der Geſammtheit der Erben geltend gemacht werden kann[1]), ſondern das beſondere Eigenthum jedes einzelnen Erben[2]) und daher auch die Verfolgung deſſelben von der Mitwirkung der übrigen Erben durchaus unabhängig.

Hieraus folgt, daß der in dieſem Rechtsſtreite unterliegende Inteſtaterbe aus der auf die ſpätere Klage ſeiner Miterben erklärten Ungültigkeit des Teſtamentes keinen Vortheil ziehen kann, daß aber auch ſeine Miterben das Teſtament nur inſoweit umſtoßen können, als es ihnen ſelbſt entgegenſteht, ſo daß der Teſtamentserbe im Beſitze des dem früheren Kläger aberkannten Erbtheils bleibt. Ebenſo folgt daraus für den Fall, wenn der mit ſeiner Klage rechtskräftig abgewieſene Inteſtaterbe den andern Inteſtaterben beerbt, daß derſelbe nunmehr als Erbe ſeines Miterben deſſen Erbrecht gegen den Teſtamentserben geltend machen kann, ohne daß ihm die exceptio rei judicatae entgegenſteht.[3])

---

[1]) § 151 Tit 17 Th. I A. L. R.

[2]) § 4 a. a. O.

[3]) Modestin. l. 10 D. de excep. praescr. (44, 1): Modestinus respondit: res inter alios judicata aliis non obest; neo si is, contra quem judicatum est, heres extiterit ei, contra quem nihil pronuntistum est, hereditariam ei litem inferenti praescribi ex ea sententia posse, qnam proprio nomine disceptans, antequam heres extiterit, excepit.

§ 140. «Der Richter, welcher sich dabei eines groben oder mäßigen Versehens schuldig gemacht hat, muß denjenigen, welchen in dem Testamente oder Codicille ein Erbtheil oder Vermächtniß zugedacht war, wegen des durch seine Schuld entstehenden Verlustes gerecht werden.»

99. Kaiserl. Not.-Ord. von 1512 (s. oben Nr. 96).

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 3. „. . . Die Notarien sollen dabey gewarnet seyn, allen möglichen Fleiß anzuwenden, daß sie, in Ansehung des Nachtheils, welcher vielen Personen daraus entstehet, die Testamenta und letzten Willen ordentlich, getreulich und ohne Gefährde begriffen, und insonderheit sich der heilsamen Reichs-Constitution, von Notarien aufgerichtet, gemäß verhalten. Denn wo in solchen einiger Mangel, Gefährde oder Unfleiß, ihrenthalben befunden werden sollte; würden sie sich der Poen des Rechtes, so dießfalls verordnet, nicht entbrechen können."[1])

Project des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Lib. VII tit. 3 § 13. „. . . Wann die Gerichte diese Solennitaeten nicht adhibiren, und das Testament dadurch annulliret wird, müssen sie den Erben und allen, die etwas aus dem Testament lucriren sollen, in solidum dafür haften; oder, wann sie nicht solvendo sind, sofort cassiret und sonst bestraft werden."

Anweisung für den Richter wegen Vermeidung künftiger Prozesse.

§ 141. «Aber auch außerdem muß der Richter mit gehöriger Sorgfalt und Vorsicht verfahren, damit Prozesse über letzte Willenserklärungen möglichst vermieden werden.»[2])

100. Kaiserl. Not.-Ord. von 1512 Tit. II Von Testamenten § 1. „Es sollen auch die Notarien Sorg und Fleiß tragen, in Beschreibung der Testamenten und letzten Willen in Ansehung des großen Nachtheils, so andern daraus entspringen mag . . ."

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 3 (s. oben Nr. 99).

---

[1]) Aehnlich lautet der § 5 Tit. 1 Th. IV der erneuerten Frankf. Reformation von 1611.

[2]) Mit Recht sagt Jagemann in Weiske's Rechtslex. Art. „Gericht" (B. IV S. 550 Note 47). „Einen Vertrag oder ein Testament so aufzunehmen, daß kein Prozeß über die Auslegung entstehen kann, ist ohne Zweifel eine größere Kunst, als einen Prozeß über eine solche Urkunde zu entscheiden."

§ 142. «Ist derjenige, welcher sich zur Aufnehmung oder Niederlegung eines letzten Willens meldet, dem Richter von Person nicht hinlänglich bekannt, so muß Letzterer vor allen Dingen sich zu überzeugen suchen, daß der Testirende derjenige wirklich sei, für den er sich ausgiebt.»

§ 143. «Daß, und wie solches geschehen sei, muß, gleich allen übrigen zur Sache gehörigen Vorfällen, im Protocolle umständlich bemerkt werden.»

101. Voet, com. ad P. XXVIII, 1 nr. 24: . . . prudenter cautum, ne tabelliones conscribant testamenta eorum, quos ipsi non noverunt, nisi noverint testes in eo testamento adhibendos, tanquam viros honestos ac fide dignos, et hi tabellionem certiorem faciant, testatorem talem esse, qualem se profitetur, ac id ipsum in testamento exprimatur. Sic ut necesse sit, vel tabellionem, vel simul utrumque testem probe novisse testatorem, et ob id etiam nullum fuerit pronunciatum testamentum ejus, qui nec tabellioni nec utrique simul testi notus fuerat (Resp. Jur. Holland. p. 2 cons. 93; p. 3 Vol. 1 cons. 179, 188 qu. 1). Imo in Hollandia testamentum fore nullum, in quo tantum unus testis noverat testatorem ab Ordinibus Hollandiae constitutum 18. Mens. Mart. 1671. Non tamen pro nullo videtur habendum, si testes quidem noverint testatorem, et tabellioni noti fuerint, ac eum de qualitate testatoris certiorem fecerint, ipse autem id omiserit testamento inserere, licet hac ratione coërceri tabellio possit, tanquam qui non recte officio functus est . . . Plane quoties vel testes vel tabellio dicuntur non novisse testatorem, rigidius ad petitionem eorum, quorum interest, examinandi sunt de qualitate, forma, voce testatoris, aliisque circumstantiis, ex quibus detegi posset, subornatum fuisse testatorem.

Vinnii com. in § 14 J. 2, 10 nr. 4: — Notarius testatorem nosse debet: sin minus, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet.

K. Sächsische Verord. das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betr. vom 9. Januar 1865 § 4. „Dem Richter, vor welchem ein letzter Wille errichtet oder aufgehoben werden soll, liegt ob, sich den Umständen nach thunlichst über die Personenidentität dessen, welcher die Handlung vornehmen will, Gewißheit zu verschaffen. Die Aufnahme eines letzten Willens oder der Erklärung der Aufhebung eines solchen kann darum, weil die Personenidentität nicht festzustellen ist, nicht verweigert werden. Die auf die Personenidentität sich beziehenden Umstände sind in dem Protocolle zu bemerken. Die Zurückgabe eines bei Gericht niedergelegten letzten Willens setzt die Gewißheit der Personenidentität voraus.“ [1])

[1]) Motive: Ein Fremder ist nicht immer im Stande, sich über seine Person so vollständig auszuweisen, daß das Gericht die Personenidentität versichern

§ 145. «Ferner muß der Richter durch schickliche Fragen zu erforschen suchen: ob der Testator sich in Ansehung seiner Geisteskräfte in einem solchen Zustande befinde, daß er seinen Willen gültig äußern könne.»

§ 146. «Auch davon muß der Befund in dem Protokoll bemerkt werden.» [1])

102. Erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 2 § 11. „Zum Letzten, Sollen die Zeugen, und auch der Notarius, sonderlich darauff acht geben, wann sie zu einem solchen Kranken, der soviel als auff seinem Todtenbett liegt, [2]) der Testirung halber erfordert werden, daß sie auff seine Gelegenheit, wie die mit ihme geschaffen, Ob er noch bey gutem Verstandt . . ." [3])

K. Sächs. Verordnung, das Verfahren in nichtstreitigen Sachen betr. vom 9. Januar 1865 § 5. „Der Richter muß sich davon überzeugen, daß derjenige, welcher einen letzten Willen errichten oder aufheben will, nicht des Vernunftgebrauchs beraubt ist. In dem Protocolle ist die Handlungsfähigkeit zu bestätigen."

---

kann. Sehr hart für ihn und sehr nachtheilig für Dritte könnte es sein, wenn er aus Mangel gehörigen Nachweises über seine Persönlichkeit behindert wäre, eine letztwillige Verfügung zu treffen. Von selbst aber versteht es sich, daß, wer sich auf eine letztwillige Verfügung stützt, rücksichtlich welcher es an der gerichtlichen Versicherung der Personenidentität mangelt, diese, wenn sie bestritten wird, nachzuweisen hat.

[1]) Die folgenden §§ 147—149 enthalten die näheren Vorschriften für den Fall, wenn der Richter über die Verstandesmächtigkeit des Testators in Zweifel ist.

Noch speziellere Vorschriften gab das Proj. des Corp. Jur. Frider. Th. II Lib. VII tit. 2 § 7 a. E.

Vergl. auch Claproth, Abhandl. von Testamenten ꝛc. (Götting. 1782) § 5 S. 8 ff.

[2]) Obgleich der Sachsenspiegel B. 1 Art. 52 zur Gültigkeit der Verfügungen über das Vermögen volle körperliche Gesundheit und Stärke des Verfügenden erfordert, so hängt doch nach Const. Sax. P. III c. 5 die Fähigkeit zu testiren von jenen Bedingungen nicht ab; Testamente der Kranken, selbst auf dem Sterbebette errichtete, sind gültig.

Heimbach, Lehrb. des Sächs. Rechts S. 542.

Vergl. auch Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbessertes Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 1 Art. 5 § 2.

[3]) Desgl. macht das Württembergische Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 3 § 8 den Gerichtspersonen zur Pflicht: — „auch deß Testirenden Wesens, Verstands oder Vernunfft halben, fleißiges auffsehens zu haben."

§ 150. «Muß, wegen vorkommender Zwischenfälle, die Handlung der Testaments-Auf- oder Annahme unterbrochen, und zu einer andern Zeit fortgesetzt werden; so muß der Richter den Anlaß der Unterbrechung, sowie die Zeit, wann sie abgebrochen, und wann sie fortgesetzt und beschlossen worden, im Protocoll genau niederschreiben.» [1])

103. Kayserl. Not.-Ord. von 1512 Tit. II Von Testamenten § 7 a. E. „... daß alsdann desselben Tags und Zeit, ohne daß einige andre auswendige Handlung oder Weile, denn allein der Leibesnoth halben geschehe, und klein wäre, darzwischen falle, (das Testament) durch die sieben Zeugen alle, mit eigenen Händen unterschrieben ... werde."

Erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 2 § 10. „Zum Fünfften, Daß auch der gantze Actus, Auffrichtung des Testaments, eins mahls, und eins thuns, vollnzogen werde, und geschehe."

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbess. Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 1 Art. 2 § 2. „Wo aber dem Testirer oder der Gezeugen einem eine Krankheit durch natürliche Notthurfft oder andere Ehehafft anstieße, wird das Testament dadurch nicht violiret oder geschwächt, sondern gewartet, biß sich dieser Zufall endet ..."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 4. „... Soll der Testator — annebens 8vo diese ganze Handlung in uno Actu continuo ohne merklichen Unterbruch und Einmischung anderer auswärtigen Dinge verrichten —" [2])

§ 5. „... Ad 8vum wird ein etwa von dem Testator selbst oder einem Zeugen während der Testamentsakte zur Leibes-Nothdurft genommener kurzer Abtritt oder anderes dergleichen kleines Incidens für keinen bedenklichen Unterbruch gehalten."

Project des Corp. Jur. Frider. Th. II (1751) Lib. VII Tit. 3 Art. 1 § 4 Nr. 11. „Der Actus testandi muß durch keinen Actum extraneum, oder einen fremden Handel, unterbrochen werden, sondern uno contextu geschehen.

Wann einer von den dreyen Gerichts-Personen wegen eines kränklichen Zufalls, oder einer natürlichen Nothwendigkeit, gezwungen wird abzutreten,

---

[1]) Ueber die s. g. unitas actus nach gem. Recht ist zu verweisen auf Glück, Com. B. 34 S. 375—384. Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. IV Nr. 4 S. 54 ff. — Fein, Forts. des Glück'schen Com. B. 45 S. 10—20. Franck, die Nothwendigkeit der unitas actus bei dem gerichtl. Testament (im Archiv für die prakt. Rechtswiss. IV S. 374 f.).

[2]) v. Kreittmayr, Anmerkungen a. a. O. Nr. 10 gibt als Grund an: „damit es nicht widrigenfalls das Ansehen gewinne, ob wäre es Testatori weil er sich zugleich an andere Dinge gegeben hat, zu testiren nicht recht Ernst gewesen —"

muß die ganze Handlung suspendiret werden, bis die Person wieder zurückkommt, oder eine andere Gerichts-Person oder Notarius dazu gefordert wird. Wann denselben Tag keine Gerichts-Person gefunden werden kann, oder die Gerichte, ohne das Testament zu vollenden aus einandergehen, muß der Testator seinen letzten Willen des andern Tages von neuem declariren, und ein neu Testament machen; welches allein Kraft haben soll, wann er auch den Tag vorher schon anders disponiret hätte. —"

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2100. „— Die Errichtung (eines letzten Willens) muß von Anfang bis zu Ende ununterbrochen ohne Einmischung frembartiger Geschäfte vor sich gehen." [1])

---

§ 151. «Auch darauf muß der Richter von Amtswegen Rücksicht nehmen: ob und in wie weit der Testator über sein Vermögen letztwillig zu verfügen berechtigt, oder was er in einem oder dem andern Falle zu beobachten schuldig sei.»

§ 152. «Besonders muß er bei Personen unter achtzehn Jahren, ingleichen bei solchen, wo wegen hohen Alters, Krankheit oder Mangels an Unterricht und Erziehung geschwächte Verstandeskräfte zu besorgen sind, sich durch schickliche Fragen, so viel als möglich zu überzeugen suchen, daß dieselben nicht durch List und Ueberredung zu der getroffenen Disposition verleitet worden.»

104. Die letztere Vorschrift findet sich in mehreren deutschen Statuten,[2]) zum Theil in allgemeiner Fassung,[3]) ohne daß jedoch auch hier

---

[1]) Der Großh. Hessische Entwurf hat das Erforderniß der unitas actus nicht aufgenommen, weil man es (wie die Motive sagen) nicht für absolut nothwendig hielt, und man außerdem befürchtete, daß eine derartige Vorschrift Stoff zu chicanösen Angriffen letzter Willen darbieten möchte. Auch das Oesterreich. Recht schweigt davon.

[2]) Erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 2 § 11. „Zum Letzten, Sollen die Zeugen, und auch der Notarius, sonderlich darauff acht geben, wann sie zu einem solchen Kranken, der so viel als auff seinem Todtbett ligt, der Testirung halben erfordert werden ... Ob sein will und meynung seye ein Testament zu machen ... ob kein böser Argwohn darbey seye, daß er nicht freywillig, sondern mehr denjenigen so umb ihnen seynt, und vielleicht mit harten Worten und ungestümmen anhalten zu solchem Testiren getrieben haben, zu gefallen, solches also handele."

[3]) Württembergisches Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 3 § 4. „Darbey aber Unsere Amptleut und Gericht erinnert seyn sollen, die Testirende Person, nach

an die Beobachtung derselben die Gültigkeit der Testamentshandlung geknüpft ist.

---

§ 155. «Auch muß er im Protocoll, bei Hauptumständen, keine Correcturen noch Rasuren vornehmen, sondern die nöthigen Zusätze oder Verbesserungen am Schlusse des Protocolls, oder in einer am Rande beizufügenden Registratur bemerken, und dergleichen Registratur von dem Testator, oder den Zeugen, besonders mit unterschreiben lassen.»

105. l. 12 C. de test. (6, 23): De his autem, quae interleta sive suprascripta dicis, non ad iuris solemnitatem, sed ad fidei pertinent quaestionem, ut appareat utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso haec fuerint commissa.[1])

---

gelegenheit derselbigen, fleißig zu befragen, ob sie zu auffrichtung solches ihres Letzten Willens oder Testaments von jemands gezwungen, ohngebührlich überredt, oder hinderführt? Oder ob das ihr aygner, freyer, wohlbedachter und redtlicher Will und Meynung sey? Auch solche Frag, und deß Testierers darauff gevolgte Antwort, gleichermaßen einschreiben zu lassen —" (Fast wörtlich aufgenommen in die Fränckische Land-Ger.-Ord. Th. III Tit. 40 § 4 so wie in das Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbessertes Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 1 Art. 4 § 1). Vergl. auch Solmsche Gerichts- und Landes-Ordnung Th. II Tit. 23 §§ 11, 12. (Geiger und Glück, Merkw. Rechtsfälle III S. 13, 14.) Auch das Project des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Lib. VII Tit. 3 Art. 1 § 4 Nr. 4 enthielt die Bestimmung: „Die Gerichts-Personen müssen sich sorgfältig, wann der Testator jung ist, nach seinem Alter erkundigen, auch wann eine Ehefrau, oder Minderjähriger, oder Schwachsinniger testiert die oben vorgeschriebene Praecautiones beobachten ... hauptsächlich aber dieselben befragen: Ob sie durch Gewalt oder Furcht, oder sonst auf eine gefährliche Art induciret worden, ihren letzten Willen zu verfertigen?"

[1]) Vergl. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 5. Ex verbis in margine testamenti appositis, sensum scripturae non intervertentibus, haud vitiatur testamentum.

Brunnemann, Consilia XXXIV nr. 11. Rasurae et interlineaturae in loco substantiali non factae falsitatem non inducunt. nr. 12. testamentum ex verbis in margine appositis sensum scripturae non intervertentibus non vitiatur. nr. 13. cancellatio in una parte quando noceat alteri.

Erkenntniß des Revis. und Cassat.hofes zu Berlin vom 30. Oktob. 1843: Nach l. 7 C. de test. (6, 23) ist es dem Richter gestattet, auf den Grund einer genauen Prüfung aus erheblichen Gründen einen bei Niederschreibung

§ 156. «In weſentlichen Stellen muß er ſich aller Abkürzungen enthalten, auch die vorkommenden Summen mit Buchſtaben ausſchreiben.» [1])

§ 159. «Dergleichen Vernachläßigungen . . . ziehen alſo zwar die geſetzmäßigen Strafen, aber noch nicht die Ungültigkeit des Teſtaments oder Codicills ſelbſt nach ſich.»

106. l. 17 C. de test. (6, 23): . . . Namque necessaria praetermissa imminuunt contractus et testatoris officiunt voluntati, non abundans cautela.

l. 24 eod.: Ambiguitates, quae vel imperitia vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse censemus: et sive institutio heredum post legatorum donationes scripta sit, vel alia praetermissa sit observatio, non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis, vel alterius, qui testamentum sribit: nulli licentiam concedimus per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere vel minuere.

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 3 § 15. „. . . Im Fall doch alle und jede in mehrgedachten Formen fürgeſchribene Stück, ſo den Teſtierenden Perſonen zu halten obgelegen, gebraucht und nichts davon verſaumpt worden, ſollen zwar ſolche Teſtamenten wegen underlaſſung deſſen, ſo nicht der Teſtierenden Perſon, ſondern jetztberühmter maßen den Gerichten . . . zu thun und zu verrichten gebührt und bevohlen, nicht für ohnkräfftig gehalten, ſondern, da dieſelbige allein durch ſo viel Gerichts- oder Raths-Perſonen, als bey jeder Form erfordert, bewiſen werden könden, beſtändig; Darneben aber Uns gegen ſolchen fahrläßigen Gerichts-Perſonen und Schreibern ernſtliche Straff und Einſehens fürzunemmen vorbehalten ſeyn."

---

einer teſtamentariſchen Dispoſition offenbar eingeſchlichenen Schreibfehler zu rectificiren. (Seuffert, Archiv II Nr. 199.)

Vergl. auch Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Ausg.) IV § 665 und Koch, Schleſ. Archiv V S. 224 und 232.

[1]) Vergl. Kaiſerl. Not.-Ord. von 1512 Tit. II. Von Teſtamenten § 19 (ſ. oben Nr. 93 Note 2). — Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 4. Abbreviaturae et ciphrae arithmeticae intelligibiles ac usitatae non vitiant testamentum solenne in scriptis. Mueller, addit. ad Struv, synt. jur. civ. Exerc. 32 th. 10 not. ε. . . . III. Integris literis conscribi debet testamentum: non abbreviationum notis, sive siglis, aut ignotis characteribus, nisi abbreviaturae et ziphrae arithmeticae sint usitatae et intelligibiles; tunc enim testamentum solenne in scriptis non vitiant, quia sufficit, de mente testatoris ac sensu scripturae constare. — Glück, Com. B. 34 S. 399—402. So beſtimmt das Baieriſche Landrecht Th. III Kap. 3 § 5. „. . . Wo beinebens die Zahlen entweder ganz mit Worten ausgeſprochen oder mit gewöhnlichen Ziffern angezeigt werden mögen. —"

§ 160. «Uebrigens muß der Richter sowohl über die Handlung der Auf- oder Abnahme selbst, als besonders über das, was ihm bei dieser Gelegenheit von dem Inhalte der Verordnung bekannt geworden ist, ein gewissenhaftes Stillschweigen auf seinen Amtseid beobachten.»

107. Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg Th. III Tit. 3 § 4 a. E. „. . . Da auch der Testierer solch sein Testament biß nach seinem Tod in geheim gehalten haben wollte, soll das durch Unsere Amptleut, Gericht, und derselbigen Schreiber, wie andere geheime Sachen, bey ihren Ayden verschwiegen werden.“ [1])

Project des Corp. Jur. Frider. Th. II (1751) Lib. VII Tit. 3 Art. 1 § 8. „Von dem Inhalt der Disposition müssen die Gerichts-Personen bey Strafe der Cassation niemand etwas, weder directe noch per indirectum, offenbaren; welches die erste Gerichts-Person den andern genau einprägen muß.“

Von außergerichtlichen Verordnungen. [2])

§ 161. «Legate, welche den zwanzigsten Theil des Nachlasses wahrscheinlich, oder nach der Versicherung des Erblassers nicht übersteigen, können durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Codicille, ohne gerichtliche Uebergabe, verordnet werden.»

§ 162. «Zur Gültigkeit einer solchen Disposition ist jedoch

---

[1]) Fast wörtlich aufgenommen in die Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 40 § 5 so wie in das Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbess. Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 1 Art. 4 § 1 a. E.

Das röm. Recht gewährte Schutz durch die actio iujuriarum.

Ulp. l. 1 § 38 D. depos. (16, 3): Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo, depositi actione recte de tabulis agi posse. Ego arbitror, et injuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est, quibusdam praesentibus, ut judicia secreta ejus, qui testatus est, divulgarentur.

cf. l. 41 pr. D. ad L. Aquil. (9, 2).

[2]) In Betreff der Form der Codicille nach röm. Recht ist zu verweisen auf Fein, Fortsetz. des Glück'schen Com. B. 44 S. 339—408. B. 45 S. 1—39.

Vergl. auch Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicom. Abth. 1 (Tübingen 1854) §§ 17, 18.

Dem röm. Recht folgt auch die Kaiserl. Not.-Ord. von 1512 Tit. II. Von Testamenten § 2. Desgl. das Württembergsche Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 26 § 1 sowie die Erneuerte Frankf. Reformation von 1611

die Beifügung des Jahres und Tages, wo sie errichtet worden, nothwendig.»

Anh. § 34. «Auch vertritt es die Stelle der eigenhändigen Schrift, wenn das Codicill von einem Justizcommissarius unter Zuziehung eines Zeugen aufgenommen worden ist.»

108. Die im § 161 hinzugefügten Worte: „wahrscheinlich, oder nach der Versicherung des Erblassers" sind bedeutungslos und nur geeignet, Mißverständnisse herbeizuführen. Es kommt hier so wenig auf Wahrscheinlichkeit als auf eine Versicherung des Erblassers, sondern allein auf den wirklichen Betrag des Vermächtnisses im Verhältnisse zum Nachlasse an, wie schon daraus klar hervorgeht, daß hierbei lediglich der Zeitpunkt des Todes des Erblassers entscheidend ist, also die zur Zeit der Errichtung des Legats obwaltenden Verhältnisse ganz außer Betracht bleiben. Hierüber lassen auch die folgenden §§ 164—168 keinen Zweifel.

109. Die Vorschrift des Anhangs § 34 bezieht sich nicht auf Blinde. Diese sind von der Befugniß, außergerichtliche Verordnungen zu errichten, ganz ausgeschlossen.[1])

Th. IV Tit. 12 §§ 4, 7, welche jedoch die Zahl der Zeugen bis auf drei herabsetzt.

Die Fränckische Land-Ger.-Ordn. Th. III Tit. 59 § 2 gestattet die Anordnung von Legaten „auch vor zweyen Zeugen allein, sie seyen gleich erbetten oder nicht."

Das Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbessertes Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 10 Art. 1 §§ 1, 2 hat fast wörtlich die Vorschriften der Frankf. Reform. aufgenommen, läßt es jedoch bei der Fünfzahl der Zeugen bewenden. — Auch das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 5 § 6 schließt sich dem gemeinen Recht an. — Das Project des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Lib. VII Tit. 12 § 5 will die außergerichtlichen Codicille, die es als eine unglückselige Invention der röm. Gesetzgeber bezeichnet, gänzlich abgeschafft wissen.

Ueber den Grund der landrechtlichen Bestimmungen s. Bornemann VI S. 41. Auch sind die Motive des unserem Landrecht folgenden Großh. Hessischen Gesetzbuches S. 72 zu vergleichen.

[1]) Auch nach röm. Recht kommen nach der richtigen Ansicht bei den Codicillen eines Blinden die besonderen Solennitäten zur Anwendung, welche für die Testamente der Blinden vorgeschrieben sind. v. Löhr im Archiv für die civil. Praxis II S. 187. Fein, Forts. des Glück'schen Com. B. 45 S. 91—94. Vergl. auch Kais. Not.-Ordn. von 1512 Tit. II § 11. „Es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen,

110. Ein Testator bestimmt in einem außergerichtlichen, nach Vorschrift der §§ 161, 162 abgefaßten Aufsatze, daß das in dem früher errichteten Testamente dem A ausgesetzte Vermächtniß nicht diesem, sondern seinen Kindern zufallen solle.

Wenn dieses Legat den zwanzigsten Theil des Nachlasses übersteigt, wem fällt der Ueberschuß zu?

Dem A; denn das Vermächtniß ist ihm nur insoweit entzogen, als es seinen Kindern auf rechtsgültige Weise zugetheilt worden, also bis auf den 20. Theil des Nachlasses. Der Erbe kann aus der späteren Verordnung keinen Vortheil ziehen, weil er dadurch nicht von dem Vermächtnisse befreit, sondern dieses nur einer anderen Person zugewendet werden sollte.

Ein Anderer verfügt in gleicher Weise, daß das im Testamente dem Erben A auferlegte (den 20. Theil des Nachlasses übersteigende) Legat von dem Erben B entrichtet werden solle.

Hat Letzterer das ganze Legat zu zahlen — oder nur den den 20. Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Betrag?

Für die erste Alternative ließe sich geltend machen, daß bereits durch das Testament das Vermächtniß in formgültiger Weise angeordnet sei und es sich um bloße Aenderung einer Nebenbestimmung handele. Allein jede Aenderung eines letzten Willens erfordert der Regel nach die testamentarische Form (§ 587). Sie ist daher in einem außergerichtlichen Aufsatze immer nur soweit zuläßig, als sie einen Gegenstand betrifft, der außergerichtlich angeordnet werden kann. Dies ist hier nicht der Fall, soweit das Legat den 20. Theil des Nachlasses übersteigt.

111. Es errichtet Jemand ein Codicill in der für außergerichtliche Verordnungen vorgeschriebenen Form, jedoch in der durch das Gesuch um Ernennung einer Testamentsdeputation klar ausgesprochenen Absicht, dasselbe gerichtlich zu übergeben. Er stirbt, bevor dies geschieht.

Sind nun die ausgesetzten Legate bis auf den 20. Theil des Nachlasses gültig?

---

und andern seinen letzten Willen, noth, solche Form zu halten." Die ältere Ansicht, daß das Codicill eines Blinden vor sechs Zeugen gültig sei, ist übergegangen in das Württembergsche Land-Recht Th. III Tit. 26 § 1. (Griesinger, Com. B. 6 S. 605) und in das Baierische Landrecht Th. III Kap. 5 § 6 a. A. — Das Sächs. Gesetzbuch § 2071 schreibt allgemein vor: „Blinde können nur gerichtlich einen letzten Willen errichten."

Dies ist zu verneinen. — Es kommen hier im Wesentlichen dieselben Grundsätze zur Anwendung, welche bereits oben zu Nr. 96 erörtert worden sind. Der letzte Wille ist nicht zu seiner Vollendung gelangt; der Erblasser vielmehr in der bloßen Vorbereitung desselben stehen geblieben, so daß der von ihm verfaßte Aufsatz nur die Bedeutung eines Entwurfes hat.[1])

---

§ 163. «Hat der Testator in seinem Testamente ausdrücklich verordnet, daß keine schriftliche Aufsätze, welche sich in dem Nachlasse finden möchten, gültig sein sollen, so hat es dabei sein Bewenden; auch wenn diese in dem gerichtlichen Testamente enthaltene Erklärung in dem außergerichtlichen Codicill widerrufen wäre.»

112. Diese in dem gedruckten Entwurf noch nicht enthaltene, vielmehr erst in der revisio monitorum von Suarez ohne weitere Begründung vorgeschlagene Bestimmung[2]) betrifft den von der gemein-

---

[1]) Ulp. l. 11 § 1 D. de leg. 3: Quotiens quis exemplum testamenti praeparat, et prius decedat, quam testetur, non valent quasi ex codicillis, quae in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat; et ita D. Pium decrevisse Maecianus scribit.

Paul. l. 29 pr. D. qui test. (28, 1): Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse.

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. 18 § 6.

Carpzov, Jurispr. for. P. III c. 1 d. 42; c. 3 d. 3.

Brunnemann, Consilia CXV nr. 39: Scriptura a testatore praeparata, et necdum testatione aut nuncupatione coram testibus declarata et publicata testamentum non est: sed tantum projectum seu futurae voluntatis conjectio et meditatio, nulloque jure sustineri potest. Voluisse enim satis non est, sed voluntatem legitime declaratam esse oportet...

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 6. „Ob und wie weit der letzte Wille für vollkommen oder unvollkommen zu achten sey, muß der Richter aus den Umständen ermessen, insonderheit werden bloße Aufsätze oder Entwürfe und Vormerkungen ohne anderweitige Berichtigung für eine zwar vorgehabte, aber nicht völlig zu Stande gekommene Disposition angesehen. Gleiche Beschaffenheit hat es mit allen jenen Handlungen, welche vor dem Beschlusse abgebrochen werden, oder sonst nicht alles an sich haben, was nach Vorschrift der Rechte zur Vollkommenheit derselben erfordert wird." (Vergl. dazu v. Kreittmayr, Anmerkungen a. a. O.)

[2]) s. darüber Bornemann VI S. 42.

rechtlichen Praxis unter dem Namen der clausula derogatoria behandelten Fall.[1])

Anh. § 35. «Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern und es finden sich dergleichen im Nachlasse, so haben sie mit dem Testamente selbst gleiche Kraft. Ob dergleichen Codicille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators noch mit anderen Erfordernissen versehen sein müssen, hängt von den Bestimmungen ab, welche das Testament des Erblassers dieserhalb enthält.»

113. Diese tief eingreifende Vorschrift,[2]) die noch dazu in ihrer allgemeinen Fassung jeder Begränzung entbehrt, hat unserem Landrecht die den strengen Formvorschriften desselben ganz widersprechende Lehre des römischen Rechts von den codicilli testamento confirmati[3]) ein-

---

[1]) Das röm. Recht spricht einer solchen Clausel jede Wirkung ab. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat. l. 22 pr. D. de leg. 3 l. 6 § 2 D. de codic. 29, 7. l. 89 pr. D. de leg. 2. Die ältere gemeinrechtliche Doctrin hält jedoch eine solche Clausel so lange für wirksam, als sie nicht ausdrücklich in einer späteren Verordnung aufgehoben ist. Brunnemann, com. in P. ad l. 22 pr. de leg. 3 nr. 1 sq. Cod. Fabrian. Lib. VI tit. 5 def. 9. Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. 1 def. 10. Consil. Tubing. Vol. I nr. V. — Dieser Ansicht hat sich auch das Oesterr. bürg. Gesetzb. § 716 angeschlossen („Der in einem Testamente oder Codicille angehängte Beysatz: daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder, wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmahle bezeichnet ist, null und nichtig seyn solle, verhindert zwar den Erblasser nicht, seinen letzten Willen zu verändern; allein, wenn er in der späteren Verordnung den eben angeführten allgemeinen, oder besonderen Beysatz nicht ausdrücklich aufhebt; so wird nicht sein späterer, sondern sein früherer Wille für gültig angenommen.") — eine Vorschrift, die von Unger, das österr. Erbr. § 24 Note 5 mit Recht getadelt wird. — Unser Landrecht geht nun insofern noch weiter, als es sogar den ausdrücklichen Widerruf der Clausel nur in Testamentsform zuläßt.

[2]) In Betreff der Entstehung und Begründung derselben ist auf Bornemann VI S. 43 f. zu verweisen.

[3]) Vergl. Fein, Forts. des Glück'schen Com. B. 44 S. 210 ff. S. 233 ff. B. 45 S. 95—139.
Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideic. Abth. I § 20.
v. Krämel, Ueber Inhalt und Form der nach einem Testamente errich-

gefügt. Es konnte daher nicht fehlen, daß vielfache Zweifel bei Anwendung derſelben hervortraten.

a. Ueber den Gegenſtand der in einem vorbehaltenen Codicille zu treffenden Anordnungen hat unſer Ob.-Trib. mit Recht ausgeſprochen:

> In vorbehaltenen Codicillen darf die in dem Teſtamente geſchehene Erbeseinſetzung nicht geändert werden.[1])
>
> Daher kann auch in einem wechſelſeitigen Teſtamente keiner der Ehegatten dem andern die Befugniß einräumen, durch Nachzettel die im Teſtamente erfolgte Erbeseinſetzung wieder aufzuheben, abzuändern und einen andern Erben zu ernennen.[2])

Schon nach römiſchem Recht gilt der Grundſatz:

> Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest: ne confundatur jus testamentorum et codicillorum: et ideo nec exheredatio scribi . . . nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo potest (§ 2 J. de cod. 2, 25).[3])

Hieraus folgt auch (wie § 2 J. cit. auch ausdrücklich ſagt), daß in Beziehung auf die Bedingtheit oder Unbedingtheit der Erbeinſetzung in Codicillen nichts angeordnet werden darf.[4])

---

teten und in denſelben zum Voraus beſtätigten Codizille (im Archiv für die civil. Praxis B. 43 S. 58 f.).

Vergl. dagegen Friedr. Chop, Verſuch eines Beitrags zu der Lehre von Codicillen und den ſ. g. myſtiſchen Teſtamenten (ebendaſ. B. 44 S. 311 f.) und Windmüller, Ueber die Unzuläßigkeit der Erbeseinſetzung in beſtätigten Codicillen und über die gegenſätzliche Bedeutung des myſtiſchen Teſtaments (ebendaſ. B. 45 S. 341 f.) ſowie die Gegenausführung v. Kräwel's gegen die Abhandlung Chop's (ebendaſ. B. 46 S. 79 f.).

[1]) Präj. vom 17. Oktob. 1842 Nr. 1201 (Entſcheid. B. 8 S. 272 f.).

[2]) Erkenntniß vom 14. Febr. 1859 (Striethorſt, Archiv B. 32 S. 250 f.). Vergl. auch Entſcheid. B. 41 S. 201 f.

[3]) Vergl. l. 6 pr. l. 10 D. de jure cod. 29, 7. l. 27 § 1 D. de cond. inst. (28, 7). — l. 7 C. de codic. (6, 36): Si idem codicilli, quod testamenta possent: cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas juris auctoritate data non est.

[4]) Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. 19 § 28: . . . Jam autem diximus, hereditatem codicillis adimi non posse. Consequens etiam his, herede pure instituto in testamento, conditionem codicillis non posse adjici (l. 6 pr. de jure codic.): scilicet quia conditione adjecta, testator in defectum conditionis hereditatem adimit: quod non licere codicillis facere jam diximus. Quod si non licet codicillis adjicere conditionem institutioni, multo minus licebit in testamento adjectam codicillis detrahere: cum hoc casu in defec-

Dieſe Grundſätze ſind auch in deutſchen Statutarrechten anerkannt.[1])
Die beſtätigten oder vorbehaltenen Codicille machen hierbei keine Ausnahme; ſie gehören unter den Gattungsbegriff der Codicille und ſtehen daher als ſolche unter den allgemeinen, in Betreff dieſer geltenden Rechtsregeln.[2]) Die codicillarrechtliche Fiktion, die man als leitendes Prinzip bei Beurtheilung der Gültigkeit und Wirkſamkeit der Teſtaments-Codicille anſieht,[3]) hat nicht den Sinn, das teſtamentariſche Codicill in Wahrheit dem Teſtamente gleichzuſtellen und ſo den wichtigen — materiellen wie formellen — Unterſchied zwiſchen beiden Arten letztwilliger Verfügungen ganz zu verwiſchen.[4]) Hält man dieſen Un-

---

tum conditionis hereditas detur, quae prius data non erat. Minus licet hereditatem codicillis dare, quam adimere.

[1]) Erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 12 § 2. Und ſeyndt ſolche Codicilli, ob ſie wol Underſcheids halben ein beſondern Namen haben, anderſt nichts, als ein klein Teſtament ... Und kan faſt alles dasjenig, was in Teſtamenten mag geſchehen, darinn verrichtet werden, Als, die Geſchäfft der Legaten, Enderung und Widerruffung derſelben, Verordnung der Vormündere, und alles anders: Allein außgenommen, daß darin weder Erben ernennt, oder geſetzt, noch underſetzt, noch auch ſolchen Erbſatzung einige beſchwerliche Condition angehenckt, deßgleichen auch keine Exheredationes oder Enterbungen darinn geſchehen mögen." Das Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbeſſert. Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 10 Art. 1 § 1 hat dieſe Beſtimmung wörtlich aufgenommen. Uebrigens ſagt ſchon die Kaiſerl. Not.-Ordn. von 1512 Tit. II Von Teſtamenten § 2. „Und ſollen die Notarien Aufmerkung haben, daß nach Kayſerlichen Rechten zu Auffrichtung aller und jeder jetzt erzählten Teſtamenten aufs mindeſt ſieben Zeugen nöthig ſind, ... aber in Codicillen, nemlich darinnen einem außerhalb Anſetzung oder Machung anderer Erben, etwas nach eines Tod, von denſelben Erben zu reichen und zu empfahen geſetzt, vermacht, verlaſſen, oder zu treuen Händen befahlen wird — aufs mindeſt fünf Zeugen."

[2]) Voet, com. ad P. XXVIII, 1 nr. 29.

[3]) Julian. l. 2 § 2 D. de jur. cod. (29, 7): Codicillorum jus singulare est: ut quaecunque in his scribentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent ... Vergl. Fein a. a. O. B. 44 S. 233 ff.

[4]) Hiernach iſt den Ausführungen v. Krämel's a. a. O. nicht beizutreten, welcher den Satz aufſtellt: „Iſt im Teſtamente ausdrücklich die Befugniß vorbehalten in einem ſchriftlichen Nachzettel das Teſtament auch in Beziehung auf die Erbfolge abzuändern, oder iſt einem ſolchen ſchriftlichen Nachzettel die volle Kraft des Teſtaments beigelegt, ſo hat ſolcher Nachzettel die volle Gültigkeit wie das Teſtament ſelbſt, auch in Beziehung auf die Erbfolge." Vergl. die Gegenausführungen Chop's und Windmüller's a. a. O. Es hieße dieß nichts Anderes als eine formloſe letztwillige Verordnung unter den Schutz des formellen Teſtamentes ſtellen, um dieſem hinterher alle Geltung zu entziehen, das Codicill als den wahren letzten Willen an

terschied nach der richtigen Ansicht auch in Betreff der bestätigten Codicille fest, so verliert freilich nach gemeinem Recht die ganze Unterscheidung zwischen bestätigten und nicht bestätigten Codicillen fast alle Bedeutsamkeit,[1]) für unser Preußisches Recht bleibt dagegen die wichtige Verschiedenheit, daß in vorbehaltenen Codicillen auch Legate, welche den 20. Theil des Nachlasses übersteigen, gültig angeordnet werden können.[2])

---

dessen Stelle zu setzen. Dieses widerspricht so sehr dem Verhältnisse zwischen Testament und Codicill, daß nicht einmal eine Bekräftigung des Testaments durch ein Codicill rechtlich möglich ist. l. 10 D. de jur. cod. (29, 7): Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur.

Mit Recht wird aber auch entgegengehalten der Ausspruch der l. 13 C. de test. (6, 23): Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa: non autem jurisdictionis mutare formam, vel juri publico derogare cuiquam permissum est.

Gleichwohl hat die Ansicht v. Krämel's die auch zum Theil in die Gesetzgebung übergegangene ältere Doctrin für sich. So bestimmt das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 5, nachdem es im § 1 gesagt: „Codicill heißt ein letzter Wille, welcher nichts als Legate und Fideicommisse, oder andere dergleichen in Kraft eines Testamentes nicht bestehende letztwillige Dispositionen in sich enthält —" weiterhin im § 2: „Ein Codcill unterscheidet sich — hauptsächlich darin von einem Testamente, daß man ... 2do weder Erbe, noch Aster-Erbe, Einsetzung noch Enterbung, und andere dergleichen das Punctum Institutionis betreffende Verordnungen hierinn Platz greifen, es geschehe denn solches 3tio in Codicillo mere Accessorio et Testamentario —" und demnächst im § 8: „Oefter wird sich in dem Testamente implicite auf gewisse Zettel antecedenter vel consequenter bezogen, oder es werden leere Blätter darin gelassen, mit dem Vorbehalte, daß, was hierauf geschrieben wird, eben soviel gelten soll, als wäre es in dem Testamente selbst begriffen. Dergleichen Blätter oder Zettel nun pflegt man Codicillos accessorios vel testamentarios zu nennen, denn sie werden für einen Anhang des Testamentes gehalten, und brauchen keiner besondern Solennität mehr, wenn nur das Datum hierin enthalten, und auch sonst kein Zweifel ist, daß sie der Testator selbst geschrieben oder unterschrieben habe —" (Vergl. dazu v. Kreittmayr, Anmerk. a. a. O. Nr. 1).

[1]) Denn nachdem der früher bestehende Unterschied, wonach Legate nur in bestätigten Codicillen angeordnet werden durften, in Folge der späteren Gleichstellung der Legate und Fideicommisse weggefallen war, blieb nur die Verschiedenheit übrig, daß direkte Freiheitsertheilungen sowie Ernennung von Vormündern allein in bestätigten Codicillen geschehen konnten. Mühlenbruch, Lehrb. des Pand. R. III § 729.

[2]) Vergl. das Gutachten der Gesetzcommiss. vom 23. Oktober 1800 (Rabe's Samml. VI S. 338 f.).

b. Anlangend die Form der vorbehaltenen Codicille, so ist zunächst zu bemerken, daß der im Anh. § 35 gedachte Vorbehalt nur die Testamentsform, keineswegs aber ein wirkliches, d. h. eine Erbeseinsetzung enthaltendes, Testament voraussetzt.[1]) Im Uebrigen aber fragt es sich,

ob einerseits eine Vermehrung, so wie andererseits eine Verminderung der gesetzlichen Förmlichkeiten vom Testator gültig angeordnet werden könne.

Ersteres ist nach Preußischem Rechte vermöge der klaren Fassung des zweiten Absatzes des § 35 nicht zu bezweifeln. Es liegt hierin eine bedenkliche Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechts,[2]) zumal nach Analogie des § 163 anzunehmen ist, daß der Testator die in Betreff der Form der Nachzettel sich selbst auferlegte Beschränkung, deren er sich nachher vielleicht gar nicht einmal mehr erinnert, in einer späteren außergerichtlichen Verordnung nicht gültig widerrufen kann. Was dagegen die zweite Frage betrifft, so ist die Verneinung derselben nach dem jener Vorschrift des Anh. zum Grunde liegenden Rescripte vom 3. November 1800[3]) außer Zweifel, indem am Schlusse desselben ausdrücklich gesagt ist:

„— wie denn überhaupt in Ansehung solcher Codicille oder Nachzettel, wenn sie gültig sein sollen, alle im Testament wegen derselben vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet sein müssen."

Zu bemerken ist noch, daß die Worte des § 35 „im Nachlasse" nicht bedeuten, es müsse der Testator die Schrift zur Zeit seines Todes im

---

[1]) Plenar-Beschl. des Ob.-Trib. vom 4. März 1861 Präj. 2714. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 45 S. 1 ff.)

[2]) Marcian. l. 6 § 2 D. de jur. cod. (29, 7): Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos: tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint. Nam ea, quae postea gerantur, prioribus derogant. cf. l. 89 pr. D. de leg. 2.

Hermog. l. 22 pr. D. de leg. 3 . . . nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat —.

Vergl. Chop a. a. O. S. 336 f.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 27. März 1851 (Seuffert, Archiv VI Nr. 52).

[3]) Rabe's Samml. VI S. 341. Es gilt daher auch nach Preuß. Recht der Grundsatz: Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant — (l. 55 D. de leg. 1).

eigenen Verschlusse gehabt haben; daß vielmehr auf den Ort und die Art der Aufbewahrung gar nichts ankommt.[1])

c. Läßt sich die Vorschrift des § 35 des Anhangs auch auf die vor dem Testamente gemachten außergerichtlichen Verordnungen anwenden?

Der gedachte Anhangs-Paragraph bezieht sich seiner Fassung nach nur auf die confirmatio in futurum, die vorzugsweise von praktischer Wichtigkeit ist, während die confirmatio in praeteritum eigentlich nur den Vortheil einer Wort- und Zeitersparniß gewährt.[2])

Ist jedoch eine Bestätigungserklärung so allgemein gefaßt, daß sie sich auch auf die früher errichteten Codicille beziehen läßt, so ist sie nach beiden Richtungen hin — sowohl in praeteritum, als in futurum — wirksam.[3])

d. Verlieren die in Gemäßheit des im § 35 gedachten Vorbehaltes errichteten außergerichtlichen Verordnungen ohne Weiteres ihre Gültigkeit durch die Zurücknahme des jenen Vorbehalt aussprechenden Testamentes?

Die Gesetz-Revisoren[4]) bejahen diese Frage, ohne einen andern Grund anzugeben, als daß „aller Grund wegfalle, warum das außergerichtlich verordnete Vermächtniß für gültig angesehen werden könnte." Mit besserem Rechte läßt sich wohl nach den Grundsätzen des Preußischen Rechts das Umgekehrte behaupten: daß es an jedem Grunde fehle, im vorausgesetzten Falle dem Codicille die Gültigkeit zu entziehen. Das Prinzip des römischen Rechts über die Abhängigkeit der testamentarischen Codicille von dem Bestehen des Testamentes[5]) ist unserem Rechte fremd geblieben. Auch die bestätigten Codicille gelten bei uns

---

[1]) Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 6. Decbr. 1861 (Striethorst, Archiv B. 43 S. 241 f.).

[2]) Fein a. a. O. B. 44 S. 219.

[3]) Celsus l. 18 D. de jur. cod. (29, 7): Plotiana Celso suo salutem. Lucius Titius his verbis ita cavit: „Si quid tabulis aliove quo genere ad hoc testamentum pertinens reliquero, ita valere volo." Quaero, an codicilli, qui ante hoc testamentum scripti sunt, debeant rati esse? Juventius Celsus Plotianae salutem. Haec verba: „si quid ad hoc testamentum pertinens reliquero: valere volo," etiam ea, quae ante testamentum scripta sunt, comprehendere.

[4]) Pensum XVI S. 128, 129.

[5]) codicilli vires ex testamento capiunt — testamento facto jus sequuntur (l. 3 § 2, l. 16 D. de jur. cod. 29, 7. Fein B. 44 S. 146 f.).

als formell und materiell selbständige Verfügungen, deren Fortbestand durch das spätere Wegfallen des Testamentes nicht berührt wird.[1])

---

§ 169. «Auch Verordnungen wegen des Begräbnisses,[2]) wegen Bevormundung der Kinder, und anderer dergleichen das Vermögen nicht betreffenden Punkte, können in solchen außergerichtlichen Aufsätzen gültig getroffen werden.»

114. Erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 12 § 2. „. . . Und kann fast alles dasjenig, was in Testamenten mag geschehen, darinn (in Codicillen) verrichtet werden, Als . . . Verordnung der Vormündere,[3]) und alles anders —“[4])

---

§ 172. «Vermächtnisse, deren Entrichtung der Erblasser dem gegenwärtigen Erben mündlich aufgetragen hat, verpflichten denselben, wenn der Auftrag erwiesen werden kann, bis auf den zwanzigsten Theil seiner Erbportion.»

§ 173. «Ist ein solcher Auftrag nur Einem unter mehreren Erben, jedoch dergestalt geschehen, daß das Vermächtniß aus dem ganzen Nachlasse entrichtet werden soll, so werden dadurch auch diejenigen Miterben, welche dabei nicht zugegen waren, dennoch so weit, als das Vermächtniß den zwanzigsten Theil des ganzen Nachlasses nicht übersteigt, verpflichtet.»

§ 174. «Dagegen hat der einem gegenwärtigen Erben geschehene Auftrag des Vermächtnisses einer bestimmten

---

[1]) Es gilt daher für das Preußische Recht dasselbe, was Unger, österr. Erbr. § 56 Note 3 für das Oesterreichische behauptet.

[2]) In Betreff des materiellen Erfordernisses der Gültigkeit solcher Bestimmungen sagt Marcian. l. 113 § 5 D. de leg. 1: Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes, aut si qua alia supervacua ut in funus impendantur, non valere Papinianus libro III Resp. scripsit.

Vergl. auch S. Stryk de caut. test. cap. II § 6 (de sepultura).

[3]) Ueber die vormundschaftlichen letztwilligen Anordnungen nach gemeinem Recht vergl. Fein, Fortf. des Glück'schen Com. B. 45 S. 166—179.

[4]) Wörtlich aufgenommen in das Rev. Land-R. des Herzogth. Preußen von 1685 (Verbess. L. R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 10 Art. 1 § 1 . . .

Sache, welche im Testamente einem abwesenden Miterben beschieden worden, gegen den Letzteren keine verbindliche Kraft.»

115. Diese Vorschriften betreffen das von Justinian eingeführte s. g. Oralfideicommiß,[1]) das von unserem Landrecht neben den erleichternden Bestimmungen über außergerichtliche letztwillige Verordnungen ohne alles praktische Bedürfniß aufgenommen worden ist,[2]) noch dazu mit der Erweiterung, daß der mündliche Auftrag nicht bloß, wie im Justinianischen Rechte, durch Eideszuschiebung,[3]) sondern in jeder Weise dargethan werden kann, und daß derselbe bei den nicht auf die Person des anwesenden Erben beschränkten Vermächtnissen auch die abwesenden Miterben verpflichtet.[4]) Der Auftrag kann gültig geschehen an den Intestat- wie an den Testamentserben,[5]) ferner an den Fiduciar-

[1]) § 12 J. de fideic. her. (2, 23), l. 32 C. de fideic. (6, 42).
Vergl. darüber Meyer, die Lehre von den Legaten und Fideic. Abth. 1 § 29.
Arndts in Weiske's Rechtslex. VI S. 292 f.
Seuffert, Archiv IV Nr. 66. V Nr. 38. VIII Nr. 72.
Preuß. Anwalts-Zeit. 1863 S. 101 f. 108 f.

[2]) Dem römischen Recht folgen auch die Erneuerte Frankf. Reform. Th. IV Tit. 5 § 4, das Baierische Landrecht Th. III Kap. 5 § 7 Nr. 4. (Vergl. dazu v. Kreittmayr Anmerk. Nr. 2) und das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2384, worin bestimmt ist: „Auch ohne alle Form kann ein Erblasser in Gegenwart seiner Erben oder Vermächtnißnehmer denselben entweder mündlich oder durch Uebergabe einer Schrift, welche die Anordnung von Vermächtnissen enthält, Vermächtnisse auflegen." Nach Oesterreichischem Rechte gibt es „billigenswerther Weise" (Unger, das österr. Erbr. § 56 Note 2) ein Oralfideic. nicht. Ebensowenig kennt ein solches das Französ. Civilrecht (Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. 5. Aufl. IV § 647).

[3]) Löhr im Archiv für die civ. Praxis II S. 188. Seuffert, Archiv XIII Nr. 47. Entscheid des K. Ob.-Trib. B. 23 S. 430 f. — Nach dem Sächs. Gesetzbuche § 2384 gelten gleichfalls für die Oralfideicommisse die gewöhnlichen Beweisregeln. Siebenhaar, Comm. III S. 339, 340.

[4]) Die Vorschrift des § 173 gilt nach gem. Recht nicht. Hommel Rhaps. I obs. 6. Gebr. Overbeck Meditat. B. 3 Nr. 146. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 27. Aug. 1863 (Seuffert, Archiv B. 17 Nr. 267). Das Sächsische bürgerl. Gesetzbuch § 2385 bestimmt dagegen gleichfalls: „Hat der Erblasser mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer mit dem Vermächtnisse beschweren wollen; dies aber blos gegen einen von ihnen in der im § 2384 angegebenen Weise erklärt, so gilt dies gegen alle."

[5]) Hymmen, Beyträge zur jurist. Litterat. Samml. V S. 127 f. Präj. des K. Ob.-Trib. vom 6. Juni 1845 Nr. 1584 (Präj.-Samml. S. 74).

erben,[1]) auch an den Legatar,[2]) nicht aber an einen Dritten, z. B. an den Testaments-Executor, da die singuläre Natur dieser Verordnung jede ausdehnende Anwendung ausschließt.[3])

116. Der Erblasser hat auf seinem Sterbebette seinem Freunde A, der aber nicht sein Erbe ist, eine Summe Geldes mit dem mündlichen Auftrage übergeben, dieselbe nach seinem Tode dem X als Vermächtniß einzuhändigen. Dies geschieht. Der Erbe ficht das Legat an und belangt den X auf Herausgabe des Geldes.

Ist sein Anspruch überhaupt, oder wenigstens insoweit begründet, als jene Summe den 20. Theil des Nachlasses übersteigt?

X hat das Geld auf rechtmäßige Weise erworben und ist daher zu dessen Herausgabe nicht verpflichtet. A hat von dem Erblasser einen vollkommen gültigen Auftrag erhalten, welcher von der Beschaffenheit war, daß er erst nach dem Tode des Machtgebers vollzogen werden konnte. Der Auftrag bestand daher auch nach dem Tode des Machtgebers fort,[4]) weshalb die Erben des Letzteren dessen Vollziehung wider sich gelten lassen müssen. — Hiernach handelt es sich hier nicht von einer letztwilligen Verfügung, wodurch dem Erben eine Verbindlichkeit, einem Dritten etwas zu geben oder zu leisten, auferlegt wird. Eine solche Verbindlichkeit würde allerdings einen in der vorgeschriebenen Form erklärten letzten Willen voraussetzen. Wir haben es aber hier mit einer vom Erblasser selbst, wiewohl unter Vermittelung eines Stellvertreters, vorgenommenen Schenkung zu thun, durch deren Annahme der Schenkungswille des Erblassers in Vollzug gesetzt wurde, so daß im Augenblick dieser Annahme die dem X zugedachten Geldstücke aus dem Vermögen des Erblassers ausgeschieden waren.[5])

---

[1]) Simon, Rechtsspr. III S. 80 f.

[2]) § 12 J. de fid. her. (2, 23): ... Eadem observari censuimus, etsi a legatario, vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit.

[3]) Ueber ihre Anwendung auf Prälegate vergl. Emil Kind, Samml. auserles. Rechtssprüche Heft 2 Nr. XVII S. 48 ff.

[4]) § 190 I. 13 A. L. R.

[5]) Vergl. Ulp. l. 3 § 2 D. de lib. leg. (34, 3): Julianus etiam libro XL Dig. scripsit: si quis decedens chirographum Seji Titio dederit, ut post mortem suam Sejo det, aut, si convaluisset, sibi redderet, deinde Titius, defuncto donatore, Sejo dederit et heres ejus petat debitum, Sejus doli exceptionem habet.

Von privilegirten Testamenten,

a. solchen, die dem Landesherrn übergeben worden.

§ 175. «Eine letztwillige Verordnung, welche der Landesherr selbst aus den Händen des Testators angenommen hat, ist gültig, sobald die geschehene persönliche Uebergabe glaubhaft bezeugt ist.»

§ 176. «Bei Personen, welche zu der Familie des Landesherrn gehören, ist es genug, wenn dieselben ihre Disposition dem Haupte der Familie auch nur schriftlich eingereicht haben, und dieselbe dem Cabinetsarchive oder einem Gericht zur ferneren Aufbewahrung zugefertigt worden ist.»

117. Unser Landrecht hat ohne zureichenden Grund das in Deutschland nie recht heimisch gewordene und wohl nur in den seltensten Fällen in Uebung gekommene s. g. testamentum principi oblatum [1]) als privilegirtes Testament beibehalten. [2])

---

[1]) Vergl. darüber Glück, Com. B. 34 S. 165—180. Heimbach in Weiske's Rechtslexic. X S. 738 f. In Betreff des Testamentes des Landesherrn selbst ist zu verweisen auf:

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. II nr. 63 sqq.
S. Stryk de caut. test. Cap. IV de Principe testatore.
membr. I de diversitate principum testantium,
membr. II de solennitatibus a Principe testante observandis
membr. III de bonis Principum testamento relinquendis.

[2]) Mit Recht bemerkt Reyscher, das gem. und württemb. Privatr. III § 646 Note 1: Die ganze Lehre beruht auf einer Ansicht von der fürstlichen Gewalt und ihrer Einmischung in Privatsachen, welche auf unsere Verhältnisse nicht paßt.

So wird auch in der Vorrede zum Zweiten Theil des Corporis Juris Fridericiani (von 1751) § 29 gesagt: „Man hat auch in diesem Land-Recht keine Meldung gethan von den Testamenten, welche nach den Römischen Rechten dem Principi offerirt werden konnten; weil dergleichen Dispositiones vielen Inconvenienzien unterworfen sind, und Se. Königl. Majestät mit dergleichen Privat-Angelegenheiten sich zu bemengen Bedenken tragen."

Auch das Revidirte Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbess. Land-Recht des K. Preußen von 1721) gedenkt dieser Testamentsform so wenig wie das Württembergsche Land-Recht von 1610. — Das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 2 hat zwar Vorschriften über das „ad Manus Principis" übergebene Testament aufgenommen, jedoch mit dem ausdrücklichen Bemerken: „Die Testaments-Uebergabe ad Manus

b. Von militairischen Testamenten.[1])

118. Die hierüber handelnden §§ 177—197 d. T. nebst den dazu gehörigen §§ 36—38 des Anh. sind aufgehoben durch § 14 des Gesetzes vom 8. Juni 1860, betreffend die Befugniß der Auditeure zur Aufnahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit[2]) ꝛc. (Ges.-Samml. S. 240 f.) und an deren Stelle die im Abschn. II des gedachten Gesetzes „Von den privilegirten militairischen Testamenten" §§ 4—12 enthaltenen Bestimmungen getreten, die keiner Erläuterung bedürfen.

---

c. Von andern privilegirten Testamenten.[3])

§ 198. «Das Privilegium, militairisch zu testiren, wird auch auf Personen des Civilstandes ausgedehnt, in so fern sie, wegen ansteckender Krankheiten oder Kriegsgefahr, sich des richterlichen Amtes zu bedienen verhindert werden.»[4])

§ 199. «Dies Privilegium nimmt von der Zeit seinen Anfang, da der Ort, oder die Gegend, wegen der aus-

---

Serenissimas ist heutzutage nicht mehr üblich" wozu v. Kreittmayr bemerkt: „Weil man großen Herrn mit Sachen, die der geringste Dorf-Richter verrichten kann, nicht gern überlästig fällt, so seynd zwar die testamenta ad manus principis nicht so frequent, gleichwohl aber auch nicht ganz ungewöhnlich, vielweniger verbothen, sondern sowohl jure Bavarico als communi per L. 19 C. de test. jedermann vergönt."

Von den neueren Gesetzbüchern ist unser Landrecht das einzige, worin diese Testamentsform — allerdings ganz unschädlicher Weise — noch figurirt.

[1]) In Betreff des gemeinen Rechts ist zu verweisen auf Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 42 S. 19—130.

[2]) Vergl. R. Koch in der Preuß. Gerichts-Zeit. 1860 S. 38, 39.

[3]) Dazu gehören auch die Testamente der Preußischen Gesandten und gesandtschaftlichen Personen bei fremden Höfen, während ihres Aufenthaltes im Auslande nach dem Gesetze vom 3. April 1823 (Ges.-Samml. S. 40).

[4]) Vergl. dazu die Kab.-Ord. vom 12. Juli 1831, betr. die Förmlichkeiten der Testaments-Errichtung bei denjenigen Personen, welche sich in den wegen ansteckender Krankheiten gesperrten Häusern, Straßen oder Gegenden befinden. (Ges.-Samml. S. 156.)

Ueber den Beweis, daß die Cholera am Orte der Testamentserrichtung geherrscht habe, handelt ein Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 27. Mai 1857 (Glaser's und Unger's Sammlung von civilr. Entscheid. des k. k. obersten Gerichtshofes I Nr. 367).

Vergl. auch das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 3. Febr. 1859

gebrochenen Krankheiten gesperrt, oder wegen der obwaltenden Kriegsgefahr die Gerichte des Orts geschlossen worden.»

§ 200. «Die Stelle des Richters oder Offiziers kann solchenfalls eine einzelne auch nicht deputirte Gerichtsperson, ingleichen der Prediger, oder Kaplan, oder der Arzt des Ortes, wo der Testator sich befindet, oder auch ein Justiz-Commissarius oder Notarius vertreten.»

§ 201. «Dergleichen Testamente gelten auf Ein Jahr nach wiederaufgehobener Sperre, oder nach wiederhergestelltem ordentlichen Gange der gerichtlichen Geschäfte.»

§ 205. «Wer auf einem Schiffe wirklich in See sich befindet, kann sein Testament auf militairische Art errichten.» [1])

---

ebendas. II Nr. 718) desgl. das Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 22. März 1850 (Entscheid. B. 19 S. 164).

In Betreff des gemeinrechtlichen s. g. testamentum tempore pestis conditum ist zu verweisen auf Mühlenbruch, Fortf. des Glück'schen Com. B. 42 S. 262—285 und Ackermann im Archiv für die civil. Praxis B. 32 S. 55—85.

Bei weitem näher stehen den Vorschriften unseres Landrechts die Bestimmungen deutscher Statutarrechte. So des Hamburgischen Stadt-Rechtes von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 2, der Erneuerten Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 1 § 3, des Erneuerten gem. Land-Rechts des Herzogth. Preußen von 1685 (Verbess. Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 1 Art. 5 § 1. Es ist dadurch eine dem Bedürfnisse allein entsprechende privilegirte Testamentsform geschaffen.

Uebrigens bemerkt Griesinger (Com. über das Württ. Landrecht B. 5 S. 95) dabei: „Wenn einige abgeschmackte und lächerliche Rechtslehrer den Grund dieser Befreiung in einer Analogie dieses Testaments mit dem Soldatischen Testamente suchen wollen und in dieser Hinsicht behaupten, die Menschen seien zur Pestzeit mit dem höchsten Wesen in einem Kriege begriffen, so muß man ihnen ihr Recht damit anthun, daß man sie mit Verachtung straft."

Dem röm. Recht (wie es damals verstanden wurde) folgt das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 6. Das Oesterreichische sowie das Sächs. bürg. Gesetzbuch enthalten ähnliche Bestimmungen wie unser Landrecht; desgl. der Code civil art. 985—987.

[1]) Mevii com. in Jus. Lub. P. II tit. 1 art. II nr. 62: Sane ex aequitate in omni periculo, ubi septem testium copia haberi nequit, quatenus per

§ 206. «Der Vorgesetzte des Schiffs vertritt dabei die Stelle des Offiziers.»

§ 207. «Ein solches Testament gilt aber nur, wenn der Testator wirklich auf der See, ehe das Schiff einen Hafen erreicht, oder zwar erst nach dem Einlaufen, jedoch so kurz darnach verstirbt, daß er vor einem ordentlich besetzten Gericht seine Verordnung nicht hat wiederholen oder bestätigen können.»

119. Außer diesen im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Nothfällen findet ein Erlaß der gewöhnlichen Testamentsformen nicht Statt.[1])

Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Com. B. 38 S. 133, 134: Die privilegirten Testamente sind reine Ausnahmsfälle, die theils wegen ihrer Eigenthümlichkeit, theils wegen der für Ausnahmen geltenden strengen Interpretationsgrundsätze auf andere Fälle nicht angewendet werden dürfen. Auch würde es nicht zweckmäßig sein, wenn ein Gesetz eine ganz allgemeine Modification für die Nothfälle sanktionirte.[2]) Ein Erblasser, dem so sehr daran liegt, es nicht bei der Intestaterbfolge zu lassen, braucht es auf den Nothfall gar nicht ankommen zu lassen. Und stirbt er ohne Testament, so ist es für ihn kein Unglück.

---

occasionem licet, eatenus testari licere puto, ne ad impossibilia imbecillitas humana adstringatur. Si igitur in navi, vel via quis moribundus coram paucioribus testatur, nemo tam durus erit, qui testamentum vel aliam ultimam voluntatem ut irritam judicabit, si modo, quantum ad veritatem satis est, probetur . . .

Sehr ausführliche Bestimmungen über das Testament zur See enthält der Code civ. art. 988—998.

[1]) Vergl. Westphal, Untersuchung der Frage: ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenen außerordentlichen Nothfalles wegen gültig sei (in Koppe's Niedersächs. Archiv für Jurispr. II S. 293 f.).

[2]) Eine solche Bestimmung enthält in der That das Württembergsche Land-Recht von 1610, indem dasselbe Th. III Tit. 4 § 2 verordnet: „Wann sich dann begeben sollt, daß jemand sonsten in andern dergleichen Nothfällen vor wenigern Personen, dann in hieoben gesetzten Formen bestimpt, seinen Letzten Willen verordnen thete, und die Erben darüber in Stritt kommen, wöllen Wir Uns die Erkanntnus, ob der Nothfall so groß und beschwehrlich, daß darinn der Solennitäten und anzahl der Zeugen halben zu dispensieren, hiemit vorbehalten haben . . .“ (Vergl. dazu Griesinger, Com. B. 5 S. 106 f.)

Publication der Teſtamente und Codicille.[1])

§ 208. «Kein Teſtament oder Codicill ſoll eher, als nach erfolgtem Ableben des Teſtators publicirt werden.»[2])

§ 212. «Iſt das Ableben des Teſtators nicht notoriſch, ſo muß der, welcher die Publication nachſucht, oder ſonſt den Beſitz der Erbſchaft verlangt, daſſelbe nachweiſen (Tit. 1 § 34 ff.).»

§ 213. «Nach bekannt gewordenem oder nachgewieſenem Ableben des Erblaſſers können die Verwandten deſſelben, oder wer ſonſt ein wahrſcheinliches Intereſſe bei der Sache anzugeben vermag, auf die Publication antragen.»

§ 216. «Wenn binnen ſechs Wochen, nach dem notoriſchen Ableben des Erblaſſers, Niemand die Eröffnung des Teſtaments oder Codicills nachgeſucht hat, ſo muß der Richter damit von Amtswegen verfahren.»

120. Ulp. l. 2 § 4 D. test. quemadm. aper. (29, 3): Si dubitetur, utrum vivat, an decesserit is, cujus quis, quod ad causam testamenti pertinet, inspici describique postulat, dicendum est, Praetorem causa cognita statuere id debere, ut, si liquerit eum vivere, non permittat inspici tabulas,[3]) et ut ipsam scripturam quis inspiciat, et sigilla, et quid aliud ex tabulis velit spectare.

l. 1 C. eod. (6, 32): Ut testamentum quod dicis factum, proferatur et publice recitetur, competens judex jubebit.

Lübiſches Recht Th. II Tit. 1 Art. 11: „Alle Teſtamente ſollen

---

[1]) In Betreff des römiſchen und des gemeinen Rechts iſt zu verweiſen auf: Weſtphal, Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente. Leipzig, 1790. v. Savigny, Vermiſchte Schriften III Nr. 27. Spangenberg im civil. Archiv V Nr. 5. Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Com. B. 43 S. 368 f. Heimbach im Rechtslex. X S. 1008 f. Merkel ebendaſ. XIV S. 764 f. Unger, die Verlaſſenſchaftsabhandlung in Oeſterreich S. 14 f. S. 21.

[2]) In den §§ 209—211 iſt der Fall einer aus Verſehen früher erfolgten Teſtamentspublikation vorgeſehen — ein Fall, der einer geſetzlichen Regelung gar nicht bedurfte.

[3]) Vergl. l. 1 § 5 D. de L. Corn. (48, 10): Is, qui aperuerit vivi testamentum, legis Corneliae poena tenetur. cf. l. 1 § 38 D. depos. (16, 3).

durch die verordnete Teſtamentarien binnen Monatszeit Gerichtlichen producirt und vorleſen werden . . ." [1])

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbeſſ. Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 11 § 1. „Alle Teſtamenta und letzte Willen . . . ſollen auff Begehren aller derjenigen, ſo darin Interesse zu haben vermeinen, eröffnet, auch notthürfftiglich erſichtigt, und einem jeden lautere Abſchrift davon gegeben werden: Dann dieſelbe Teſtament und letzte Willen ſeynd gleich als für gemeine Instrument zu achten. [2]) Doch ſollen ſolche Teſtamenta und letzte Willen nicht alſobald auff eines jedern Begehren alſo eröffnet oder gemein gemacht werden, ſondern wo jemands darin Interesse zu haben vermeinet, ſol er ſolch ſein Interesse zuvor (ſo daran gezweyffelt würde) summarie deduciren und beweiſen, oder nach Gelegenheit der Sachen ſolches auch mit dem Eyde zu betheuren ſchuldig ſeyn. [3])

Bürgerl. Geſetzbuch für das K. Sachſen § 2223. „Die Eröffnung und Bekanntmachung eines gerichtlichen letzten Willens ſtehen dem Gerichte zu, bei welchem der letzte Wille errichtet worden iſt."

§ 2224. „Die Eröffnung und Bekanntmachung können nicht eher erfolgen, als bis der Erblaſſer geſtorben oder für todt erklärt worden iſt."

§ 2226. „Auf die Eröffnung und Bekanntmachung anzutragen ſind berechtigt Derjenige, welcher den über die gerichtliche Errichtung des letzten Willens ausgeſtellten Empfangſchein in Händen hat, [4]) der Ehegatte und die zur geſetzlichen Erbfolge berechtigten Verwandten des Erblaſſers, und überhaupt Jeder, welcher an der Eröffnung und Bekanntmachung ein rechtliches Intereſſe hat. Die Eröffnung und Bekanntmachung können ſofort nach dem Tode des Erblaſſers verlangt werden."

§ 2227. „Amtshalber iſt der Richter zur Eröffnung des letzten

---

[1]) Brunnemann, Consilia nr. 47 de publicatione testamenti legitimo tempore secundum Jus Lubecense non petita.

Wernher, com. ad D. h. t. § 3: Ex consuetudine Germanica publicatio testamenti fit post tricesimum.

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. V def. 25: . . . solent tamen heredes quoque aliive, quorum interest, solenniter citari ad aperturam testamenti obsignati et judicialiter insinuati, post tricesimum nempe diem, quia publice expedit supremа hominum judicia exitum habere. Quid autem si apertura testamenti non petatur, nec judex heredes ab intestato, multo minus in testamento obsignato scriptos noverit? Tum curare is debet, ut intervenientibus optimae opinionis viris testamentum aperiatur . . .

[2]) Vergl. Ulp. l. 2 pr. D. h. t. (29, 3): Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

[3]) Ausführlichere Beſtimmungen über „die Eröffnung und Publication eines letzten Willens" enthält das Baieriſche Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 14.

[4]) Dies beſtimmt auch der § 214 d. T.

Willens berechtigt und verpflichtet, wenn er den Tod des Erblassers glaubhaft erfahren hat und seit dem Tode dreißig Tage abgelaufen sind." [1])

121. Die förmliche Testamentseröffnung ist kein wesentlicher, die Gültigkeit und Vollstreckbarkeit des letzten Willens bedingender Akt. Er hat nicht den Zweck, zur Bekräftigung oder Beglaubigung des Testaments zu dienen, sondern ist nur das Mittel, den letzten Willen kundbar zu machen.[2]) Auf die Art und Weise, wie dies geschieht, ist kein besonderes Gewicht zu legen. Es kann daher auch an sich nichts entgegenstehen, der eigenen Anordnung des Erblassers hierbei einen Einfluß zu gestatten[3]) — namentlich auch in Betreff des Zeitpunktes der Testaments-Publikation.[4])

122. Ueber die Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testamentes spricht sich ein Decret des O.-A.-G. zu Cassel von 1832 und 1847 dahin aus:

> Die Frage, zu welcher Zeit die Eröffnung eines von mehreren Personen gemeinschaftlich errichteten Testaments verlangt werden könne, ist in den Gesetzen nicht entschieden. Haben auch die Testatoren darüber keine Bestimmung getroffen — etwa durch eine Bemerkung auf dem Umschlag der Testamentsurkunde — so ist die muthmaßliche Absicht der letzteren zur Richtschnur zu nehmen. Im Allgemeinen ist es aber für wahrscheinlicher zu halten, es sey bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments der Wille der Testatoren gewesen, daß sogleich nach dem Tode des zuerst Sterbenden

---

[1]) Vergl. Privatr. Gesetzb. für den K. Zürich §§ 2071—75 sowie in Betreff des Oesterreichischen Rechts das Ges. vom 9. Aug. 1854 §§ 41 f. 61 f.

[2]) Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 14. „Die Eröffnung und Publication eines letzten Willens geschieht in keiner andern Absicht, als daß alle jene, welchen daran liegt, gehörige Nachricht davon erlangen ... Falls diese entweder gar nicht oder nicht förmlich vorgenommen worden ist, so wird der letzte Wille derwegen nicht entkräftet, sondern bleibt dem ungeachtet wie er ist."

v. Kreittmayr bemerkt dazu: „Die Publication dient verstandnermaßen nur pro notitia und allenfalls zur besseren Prob, kann folglich als ein merum extrinsecum dem innerlichen Werth des Testaments weder etwas geben, noch nehmen."

[3]) So gibt das Zürcherische Gesetzb. § 2071 dem Testator das Recht, die amtliche Testamentseröffnung auszuschließen.

Bluntschli, Erläut. IV S. 149 bemerkt dazu: Will der Testator auch nach seinem Tode noch die amtliche Kenntnißnahme von dem Inhalt des Testaments verhindern, so kann er es durch ausdrückliche Bezeichnung der Person, an welche der Notar das Testament uneröffnet abzugeben habe.

[4]) Bornemann, Syst. Darst. VI S. 54 und die daselbst angeführten Resc. vom 27. Juli 1818 und 15. März 1824.

die Eröffnung erfolge. Sollte der letzte Wille eines Verstorbenen bis zu dem vielleicht erst viel Jahre später erfolgenden Tode des Mittestators geheim bleiben, so würde die Antretung der Erbschaft des Verstorbenen ebenso lange aufgehalten, und so zugleich der Verlust mancher seiner Rechte herbeigeführt werden, welchem auch durch die Anordnung eines curator hereditatis jacentis, bei dem so sehr beschränkten Umfange der Befugnisse eines solchen, keineswegs ganz vorgebeugt werden könnte. Unterstellt man nun aber bei den Testatoren diesen Willen, so liegt dann in der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ein wechselseitiger Verzicht auf Bewahrung des Geheimnisses des Testamentsinhaltes von der Zeit an, wo einer von ihnen sterben wird; und es kann demnach, wenn dieser Zeitpunkt eingetreten ist, der Ueberlebende die einmal erfolgte, als Vertrag sich darstellende Verzichtleistung nicht zurücknehmen. (Seuffert, Archiv II Nr. 310.) [1])

Daß dasselbe auch nach Preußischem Rechte anzunehmen ist, folgt aus § 430 des Anhangs zur Allg. Ger.-Ord.[2])

Ebenso verordnet das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen:

§ 2225. „Die Eröffnung eines gemeinschaftlichen letzten Willens erfolgt nach dem Tode eines der mehreren Erblasser."

Anh. § 39. «Finden sich nach dem Tode des Erblassers zwei gerichtlich deponirte Testamente,[3]) und ist in dem letzten das erste gänzlich aufgehoben, so muß das ältere binnen der Frist uneröffnet liegen bleiben, binnen welcher das später deponirte noch als nichtig angefochten werden kann.»

123. Diese, aus dem Just.-Min.-Reser. vom 6. October 1802 [4])

---

[1]) Vergl. auch Sintenis, prakt. gem. Civilr. III S. 472.

[2]) „Verlangt ein überlebender Ehegatte aus besonderen Gründen, daß ein von ihm und dem Verstorbenen errichtetes wechselseitiges Testament nach geschehener Publikation anderweit wieder bis zu seinem Ableben versiegelt deponirt werde; so kann demselben nach vorhergegangener vorschriftsmäßiger Bekanntmachung an sämmtliche darin benannte Erben und Legatarien gewillfahrt werden."

[3]) Ein anderer Fall ist das Vorhandensein mehrerer Testamentsexemplare. Ulp. l. 10 pr. h. t. (29, 3). Si in duobus exemplariis scriptum sit testamentum, alterutro patefacto apertae tabulae sunt. Id. l. 12 eod.: Si quis fecerit testamentum et exemplum ejus, exemplo quidem aperto nondum apertum est testamentum; quodsi authenticum patefactum, est totum apertum.

[4]) Rabe, Samml. VII S. 259.

entnommene Vorschrift ist ohne besondere praktische Bedeutung, da ja auch das publizirte Testament in gerichtlicher Verwahrung (bei den Gerichtsakten) verbleibt, also nichts an seiner Kraft verliert. Es kommt dazu, daß in den Fällen, wo das jüngere Testament keinen ausdrücklichen Widerruf des älteren enthält, erst nach Einsicht des letzteren sich beurtheilen lassen wird, ob dasselbe durch das jüngere gänzlich aufgehoben worden.[1])

---

§ 223. «Zu einer jeden Testaments-Publication, sie geschehe von Amtswegen, oder auf den Antrag eines Interessenten, muß der Richter die ihm bekannten am Orte befindlichen Intestaterben mit vorladen.»[2])

§ 224. «Sind die Intestaterben dem Richter nicht bekannt, oder sind dieselben am Orte nicht gegenwärtig, so muß ihnen zu der Handlung der Publication ein Bevollmächtigter von Amtswegen bestellt werden.»

124. Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 11 nr. 10 sq.: Ad videndum publicationem fieri, citandi sunt omnes, quorum principaliter interest, inprimis proximi cognati successuri ab intestato, et si quidem certi sunt, singulari citatione; si vero incerti et diffusi, per edictum generale seu proclama. Non vocatis non praejudicat nec fidem adversus eos facit.[3])

Brunnemann, com. in P. ad l. 7 h. t. (29, 3) nr. 3: Colligitur etiam ex hoc textu, si magistratus, apud quem depositum testamentum, neque scriptos, neque heredes ab intestato norit, quod tum judex, admotis optimae notae testibus, testamentum aperire et legere nomina heredum possit.

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 14. „... 5to Ist vonnöthen, daß man zum vorhabenden förmlichen Publications-Acte, wo nicht alle, doch wenigst die Hauptinteressenten, soviel deren aus vorläufiger Einsicht des letzten Willens oder sonst bekannt sind, zeitlich berufe ... Wegen Abwesenheit eines oder andern Interessenten hat man sich

---

[1]) Das Sächs. Gesetzb. bestimmt allgemein § 2228. „Die Eröffnung und Bekanntmachung des letzten Willens erstrecken sich ..., wenn der Erblasser mit mehreren letzten Willen gestorben ist, auf sämmtliche letzte Willen."

[2]) Die vorhergehenden §§ 218—222 regeln das Verfahren des Richters Behufs der zu veranlassenden Publikation der Testamente muthmaßlich gestorbener Personen. Aehnliche Vorschriften, jedoch nicht in beschränkter Fürsorge für milde Stiftungen, enthält die K. Sächs. Verord., das Verfahren in nicht streitigen Sachen betr., vom 9. Jan. 1865 §§ 11—14.

[3]) cf. Carpzov, Jurispr. for. l. c. (s. oben S. 515 Note 1).

8vo an bemeldter Publication, zumal wenn die Citation richtig geliefert worden ist, zwar nicht hindern zu lassen, jedoch zur mehrern Präcaution einen Anwalt ex Officio zu bestellen, oder unpartheyische Zeugen mit beyzuziehen . . ."

---

§ 226. «Die Urschrift des eröffneten Testamentes oder Codicills bleibt, der Regel nach, in der Verwahrung des Gerichts.»

125. Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 34 th. 42 not. η: Originale debet rursus sigillari a testibus, qui publicationi interfuerunt, et in archivo ad perpetuam rei memoriam sigillatum custodiri, ut forte vel deperdito, vel suspecto aut falsi convicto, semper recursus ad originale sive authenticum haberi, et secundum illud, quoties opus fuerit, aperiri iterum, coram judice sigillari, de novo exemplari et publicari possit.

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 14: „. . . Das Original von der publicirten Disposition soll 10mo bis nach gänzlicher Vollziehung derselben nicht abgefolgt, wohl aber die Inspection einem jeden, der sein vermeintliches Interesse . . . darzuthun vermag, auf Begehren unweigerlich gestattet, und nicht weniger gleichlautende Abschrift davon mitgetheilt werden . . ." [1])

---

§ 227. «Jeder, welcher ein gegründetes Interesse bei der Sache nachweisen kann, ist berechtigt, beglaubte Abschriften davon zu fordern.»

§ 228. «Auch die im Testamente ganz oder zum Theil übergangenen gesetzlichen Erben können verlangen, daß ihnen das Original unter gerichtlicher Aufsicht vorgelegt werde.»

126. Vergl.:

Gaj. l. 1 pr. D. test. quemadm. aper. (29, 3): Omnibus, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se praetor pollicetur. Quod vel suo, vel alieno nomine desideranti tribuere eum manifestum est.

Ulp. l. 2 § 5 eod.: Inspectio tabularum etiam lectionem earum indicat. § 1. Ratio autem hujus Edicti manifesta est; neque enim sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas de

---

[1]) So bestimmt auch das Project des Corporis Juris Frider. Th. II (1751) Lib. VII tit. 14 § 11. „Es muß niemals ein Original-Testament, weder vor noch nach der Publication, unter was für Praetext es sey, zurückgegeben werden, wann auch schon alle Erben ab intestato damit zufrieden sind."

his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.

Ulp. l. 3 § 10 D. de tab. exhib. (43, 5): Solent autem exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, qui quid in testamento adscriptum habent.

l. 3 C. quemadm. test. aper. (6, 32): Ejus, quod ad causam novissimi patris vestri judicii pertinet, de calumnia tibi juranti, praeter partem, quam aperiri defunctus vetuit, vel ad ignominiam alicujus pertinere dicitur, inspiciendi ac describendi, praeter diem et consulem, Rector provinciae facultatem fieri jubebit.[1])

127. Die näheren Vorschriften über die, auch ohne Antrag der Betheiligten, also von amtswegen diesen zu ertheilende Benachrichtigung von dem Inhalte des Testamentes enthalten die, der Erläuterung nicht bedürfenden §§ 230—238 — Bestimmungen, welche, hervorgegangen aus dem Prinzipe der staatlichen Fürsorge für die Wahrung der Rechte aller Nachlaßinteressenten, dem gemeinen Rechte durchaus fremd sind.

Wirkungen gehörig errichteter und publicirter Testamente und Codicille.

A. in Ansehung der Erbeseinsetzung. — Besitz der Erbschaft.

§ 242. «Aus einem gültigen Testamente erwirbt der eingesetzte Erbe das Recht, nach Publication desselben die Erbschaft anzutreten und in Besitz zu nehmen (Tit. 9 § 367 ff.).»

§ 243. «Wer auf den Grund eines Erbrechts, es sei aus einem Testamente, oder vermöge der gesetzlichen Erbfolge, zum Besitze einer Erbschaft redlicher Weise gelangt ist, der muß dabei so lange geschützt werden, bis die Unrichtigkeit seines Besitztitels und das bessere Recht des Erbschaftsprätendenten ausgemittelt sind.»

§ 244. «Ist noch Niemand im Besitze der Erbschaft, so muß der Richter denselben dem in einem förmlichen gerichtlichen Testamente eingesetzten Erben, wenn auch sein Erbrecht noch bestritten wird, bis zum Austrage des Streites einräumen.»

128. Die Testamentseröffnung bedingt nur das Recht des berufenen

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 43 S. 381—390. — Heimbach in Weiske's Rechtslexicon V S. 577—581.

Erben, die Erbschaft in Besitz zu nehmen, nicht aber den Erwerb derselben. Dieser tritt nach den im § 242 ausdrücklich in Bezug genommenen Vorschriften unseres Landrechts sofort mit dem Tode des Erblassers ein.[1])

Die über das Recht zur Besitznahme der Erbschaft gegebenen Bestimmungen beruhen auf einer Erweiterung[2]) des gemeinrechtlichen s. g. remedium ex lege ultima Codicis de edicto Divi Hadriani tollendo (6, 33).[3])

Aehnliche Vorschriften finden sich auch in älteren deutschen Statutarrechten.

Erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. VI Tit. 2 § 1. Wir Ordnen und wöllen, Wann die Erben den Erbfall anzutretten und anzunemmen entschlossen seyndt, Daß sie vor unsern Schultheiß und Scheffen, im Scheffen Rath erscheinen, und sich in solche deß Verstorbenen Erbschafft einzusetzen, bitten sollen. Nemlich also, Wann ein Testament, darinn sie zu erben benennt, vorhanden, Daß sie solches zu besichtigen fürlegen, und darauff in die Erbgüter sich einzusetzen (mit Erbietung, was sich dagegen gebüret, zu thun) begeren sollen. So dann das Testament auffrichtig, gerecht, unargwönig, nicht vitiirt noch cancellirt gefunden wird: So sollen sie, die Testaments-Erben, (als die vor allen andern Gesipten und Verwandten den Vorgang haben) in Krafft desselben Testaments mit Muudt und Halm (wie bey Uns Herkommen) eingesetzt werden." [4])

---

[1]) Mit Recht hat daher unser Ob.-Trib. in dem Erkenntnisse vom 27. Jan. 1855 angenommen: Die nach dem Tode des Erblassers, aber bereits vor Publikation des Testaments getroffene Verfügung des Erben über einen Nachlaßgegenstand hat volle rechtliche Wirkung. (Striethorst, Archiv B. 16 S. 235 f.)

[2]) Die Erweiterung besteht in dem universellen Charakter, den das Rechtsmittel bei uns erhalten hat, während es nach röm. Recht nur den Besitz der einzelnen Erbschaftssachen verschaffte.

[3]) Vergl. Heimbach in Weiske's Rechtslex. II S. 295, 296. Brinz, Lehrb. der Pand. § 165. Seuffert, Archiv II Nr. 75. III 281, 283, 284. VI 229. IX 317. XVII 70. Archiv für prakt. R.-W. VII S. 447 f. 457 f. Voet, com. ad P. 43, 2 nr. 9: Moribus nostris non est dubium, quin adhuc remedium ex l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll. in usu sit. — Sed et generalius receptae immissiones in possessionem rerum hereditariarum, quando de hereditate controversia est, etiamsi ab intestato delata sit, immisso interim eo, qui potiora jura videtur habere, ac repulso vel emisso interim altero, qui se heredem esse contendit. — Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. Edit. V (Hal. 1785) § 698: In concursu plurium, quorum quilibet jus hereditarium universale sibi competere asserit, is qui probare potest sibi competere jus hereditarium universale, in vera et expressa voluntate defuncti fundatam, vincit eum, cujus jus hereditarium non nisi in praesumta aut tacita defuncti voluntate fundatum est.

[4]) In mehr negativer Fassung bestimmt das Revid. Land-Recht für das Herzogth.

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 1 § 10. „. . . Das sogenannte Interdictum quorum Bonorum et Edictum divi Adriani; das letztere ist heut zu Tage nur noch allein mehr üblich, und zwar 1mo auf den Fall, wenn eine schriftliche mit keinem sichtigen Mangel behaftete Disposition vorhanden ist, denn da kann derjenige, welcher Vi Dispositionis succediren soll, nach Maaß und Inhalt derselben in die Possession der Verlassenschaft, sofern kein legitimus Contradictor vorhanden ist, immittirt zu werden begehren" etc. [1])

§ 245. «Kommen mehrere dergleichen Testamente zum Vorschein, so kann der in dem späteren eingesetzte Erbe den Besitz der Erbschaft vorzüglich fordern.»

129. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 2. März 1825: Beim gerichtskundigen Vorhandensein eines neueren, einen offenbaren Fehler nicht an sich tragenden Testaments ist aus einer früheren letztwilligen Anordnung desselben Erblassers das Rechtsmittel aus der l. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. nicht herzuleiten, indem in der Regel die Existenz eines neuen Testaments das ältere unwirksam macht und dies letztere so lange als nicht vorhanden angesehen werden muß, bis das neue als ungültig erkannt ist. Die materielle Gültigkeit des neuen Testaments aber, also auch die Frage, ob der Erblasser durch die ältere Disposition die Befugniß weiter zu testiren, verloren habe, ist in diesem possessorischen Verfahren nicht zu erörtern. (Seuffert, Archiv III Nr. 282.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 7. Januar 1842: Die Existenz eines zweiten Testaments von gleichem Datum ist ein Umstand, welcher dem klagend producirten Testamente an seiner Fähigkeit und Taug-

---

Preußen von 1685 (Verbess. Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 12 Art. 1 § 2 a. E.: „So lang auch der Gestorbenen Testamenta und letzte Willen zweyfflich und strittig seynd, werden die nechsten Erben und Freunde nicht zugelassen, und muß in alle Weg, ob der letzte Will, soviel die Erbsatzung betrifft, Krafft habe oder nicht', erörtert werden."

[1]) Von neueren Gesetzgebungen bestimmen das Sächs. Gesetzb. § 2323. „Wer durch . . . einen äußerlich fehlerlosen schriftlichen letzten Willen sein Erbrecht darthut, kann verlangen, daß er ohne weitere Untersuchung der Richtigkeit seines Erbrechts in den Besitz der Erbschaft eingesetzt wird."

das Zürcherische Gesetzb. § 1980. „In der Regel sind Erben berechtigt, ohne Vermittelung des Gerichtes die Verlassenschaft in Besitz zu nehmen."

Den ganz entgegengesetzten Grundsatz befolgt das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch, indem dasselbe verordnet § 797. „Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses, das ist, die Uebergabe in den rechtlichen Besitz bewirket werden."

Vergl. Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich (Wien 1862).

lichkeit, dem remedium ex l. ult. zu Grund gelegt zu werden, nichts benimmt, wenn nur die Imploranten nachzuweisen vermögen, daß ihr Testament das jüngere sei, welcher Nachweis an sich in diesem Verfahren zulässig ist. (Archiv für prakt. R. W. VII S. 467 f.)

130. Die folgenden §§ 246, 247 betreffen die Sicherstellung des nicht besitzenden Erbschaftsprätendenten.[1])

---

§ 248. »Wer einzelne Stücke oder Inbegriffe von Sachen aus der Verlassenschaft fordert, hat das Recht, sich an den Besitzer der Erbschaft zu halten.«

131. Diese Vorschrift hängt mit der Bestimmung des § 311, wonach „eigenmächtiger Weise kein Legatarius den Besitz der vermachten Sache sich anmaßen darf," gar nicht zusammen.[2]) Es ergibt dies schon die Stellung derselben, so wie der Umstand, daß hier allein von einem „Rechte" des Vermächtnißnehmers die Rede ist. Dieses Recht ist kein anderes, als bei einem Erbschaftsstreite die Ausfolgung des Legats von dem Erbschaftsbesitzer zu fordern.[3])

132. Die §§ 249—253 behandeln den Fall der Besitznahme der Erbschaft auf Grund eines privilegirten Testaments.

---

[1]) Vergl. Ulp. l. 5 pr. D. de her. pet. (5, 3): Divus Pius rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis vel rerum ejus restitutione satisdare.

Vergl. auch das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 6. Mai 1846, betr. die Verbindlichkeit der Testamentserben, welche auf das remed. ex l. ult. etc. hin in den Besitz der Erbschaft gelangen, dem Imploraten cautio de eventualiter restituendo zu leisten. (Archiv für prakt. R.-W. VII S. 475 f.)

[2]) Das Gegentheil nehmen an die Gesetz-Revisoren, Pensum XVI S. 149.

[3]) Koch, Kom. zu § 248 d. T.

Vergl. Voet, com. ad P. V, 3 nr. 22: Observandum tamen, pendente hereditatis petitione, nec fideicommissarios, nec legatarios, nec creditores impediri, quominus interim debita sibi ac legata petant, idque vel ab actore vel a reo petitione hereditatis convento . . .

Paul. l. 4 § 1 D. si cui plus (35, 3): Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint, tam in possessorem, quam in petitorem competunt actiones et creditoribus, et legatariis.

Ausschließung der gesetzlichen Erben.

§ 254. «Hat Jemand einer oder mehreren Personen seinen Nachlaß dergestalt beschieden, daß die Absicht, ihnen den ganzen Inbegriff desselben allein zuwenden zu wollen, daraus erhellet, so sind die gesetzlichen Erben für gänzlich ausgeschlossen zu achten.»

§ 255. «Wenn also auch im Verfolg der Verordnung, bei einer unter den eingesetzten Erben regulirten Theilung, ein oder anderes zum Nachlasse gehörige Stück oder Antheil übergangen worden, so können dennoch die Intestaterben darauf keinen Anspruch machen (§ 264 ff.).»

133. Der im § 254 aufgestellte Grundsatz ist eine bloße Folgerung der im § 4 enthaltenen Begriffsbestimmung einer Erbeseinsetzung. Es wird daher auf die Bemerkungen zu dem letztgedachten § (s. oben S. 309 f.) Bezug genommen.

Im gedruckten Entwurfe befand sich die Bestimmung:

„Doch wird im zweifelhaften Falle vermuthet, daß der Testator denjenigen, die er zu seinen Erben ernannt hat, den gesammten Nachlaß, mit Ausschließung der Intestaterben, habe zuwenden wollen."

Dieselbe ist jedoch weggelassen worden, nicht weil man sie für unrichtig, sondern weil man sie für überflüßig hielt, und Mißdeutungen und Chicanen davon besorgte. [1])

---

§ 256. «Hat aber der Erblasser nicht über das Erbrecht selbst, sondern ausdrücklich nur über gewisse Stücke, Summen oder Antheile seines Nachlasses verordnet; so gelangt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben, und diesen fällt alles zum Nachlasse Gehörende, soweit darüber nicht verfügt ist, anheim.»

§ 257. «Es ändert darunter nichts, wenn auch der Testator diejenigen, welchen er dergleichen bestimmte Theile, Stücke oder Summen zuwendet, Erben genannt hat.»

§ 258. «Vielmehr sind dieselben, im Verhältnisse gegen den Intestaterben, immer nur als Legatarii zu betrachten.»

134. Der § 256 bildet den Gegensatz zu den §§ 254, 255. Es

[1]) Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 150, 151.

iſt jedoch bei der Faſſung deſſelben überſehen, daß dieſer Gegenſatz ein doppelter iſt:

a. Der Erblaſſer hat über das Erbrecht ſelbſt nicht verfügt; ſeine letztwillige Verordnung enthält alſo keine Erbeseinſetzung (§ 4), ſondern nur eine Willenserklärung der im § 5 gedachten Art (codicillariſche Dispoſition).

b. Der Erblaſſer hat nur theilweiſe über das Erbrecht verfügt, alſo dem von ihm ernannten Erben ausdrücklich nur einen beſtimmten Antheil ſeiner Erbſchaft zugewendet.

In dem einen, wie in dem andern Falle liegt die Vorausſetzung des § 254 nicht vor — im Falle zu a nicht, weil die geſetzliche Erbfolge hier gar nicht ausgeſchloſſen, im Falle zu b nicht, weil ſie hier nur theilweiſe ausgeſchloſſen iſt. — Im Uebrigen iſt auf die früheren Erörterungen zu Nr. 8 (S. 318—320) zu verweiſen.

135. Es teſtirt Jemand ausdrücklich nur über einen Theil ſeiner Erbſchaft, und zwar

a. in der Art, daß er ſeinen nächſten Inteſtaterben auf dieſen Theil zum Erben einſetzt.

Hat der Erblaſſer dabei ausdrücklich erklärt, daß der ernannte Erbe nicht mehr als den ihm im Teſtamente zugewieſenen Theil von dem Nachlaſſe erhalten ſolle, ſo tritt in Betreff des Ueberreſtes die Inteſtat-Erbfolge, mit Ausſchluß des durch das Teſtament bereits Abgefundenen, ein.[1]) Fehlt es jedoch an einer ſolchen ausdrücklichen Erklärung, ſo wird dem berufenen Erben auch der Ueberreſt, nicht vermöge des Anwachſungsrechts, ſondern als nächſtberechtigtem Inteſtaterben zufallen.

b. Hat der Teſtator von mehreren gleichberechtigten Inteſtaterben den Einen für einen Theil zum Erben ernannt,

ſo wird auch ohne eine ausdrückliche Erklärung[2]) die Abſicht des Erblaſſers anzunehmen ſein, die geſetzliche Erbfolge inſoweit zu ändern, als er dem einen Erben, ſtatt des geſetzlich beſtimmten, einen durch Teſtament feſtgeſetzten Erbtheil zugewieſen. Der Teſtamentserbe hat daher neben dem letzteren nicht noch einen geſetzlichen Erbtheil zu fordern.[3])

---

[1]) Anders nach römiſchem Recht ſ. Mühlenbruch, Fortſetzung des Glück'ſchen Com. B. 40 S. 165—169.

[2]) Der Unterſchied liegt darin, daß im Falle zu a die Abänderung der geſetzlichen Erbfolgeordnung, im Falle zu b aber nur die Beſtimmung des geſetzlichen Erbtheils in Frage ſteht.

[3]) Vergl. den Entwurf eines bürgerl. Geſetzb. für das Großh. Heſſen Abth. III

§ 259. «Ist Jemand nur von einer gewissen Zeit an, oder nur bis zu einer gewissen Zeit zum Erben eingesetzt worden, so wird dergleichen Verordnung als eine fideicommissarische Substitution betrachtet (§ 53).»

§ 260. «Im ersten Falle ist der Testaments-, so wie im letzteren der gesetzliche Erbe für substituirt zu achten.»

136. Nach römischem Recht kann ein dies weder als Anfangs- noch als Endpunkt der Erbeinsetzung beigefügt werden; er wird für nicht geschrieben geachtet.[1])

Die germanische Rechtsentwickelung konnte sich mit diesen strengen Grundsätzen nicht befreunden und führte immer mehr dahin, auch hier dem Willen des Erblassers freien Spielraum zu lassen.[2]) Dazu trug namentlich bei die Auffassung der fideicommissarischen Substitution als

---

§ 129: „Hat der Erblasser einen oder mehrere Erben eingesetzt und die Erbtheile Aller bestimmt, durch diese Bestimmung aber nicht die ganze Erbschaft erschöpft, so fällt der Ueberschuß der Letzteren an die gesetzlichen Erben.

Der eingesetzte Erbe, welcher zugleich einer der gesetzlichen Erben ist, erbt auch in dieser letzteren Eigenschaft, insofern nicht der Erblasser ein Anderes verfügt hat."

In den Motiven wird zur Rechtfertigung des letzteren Satzes gesagt: es liege kein Grund vor, der zu der Annahme berechtigte, daß der Erblasser den gesetzlichen Erben dadurch, daß er denselben mit Anderen auf einen Theil der Erbschaft zum Erben einsetzte, von dem Rechte, welches ihm auf den übrigen Theil der Erbschaft nach dem Gesetze zukommt, habe ausschließen wollen.

[1]) § 9 J. de her. inst. (2, 14): Heres pure et sub conditione institui potest: ex certo tempore aut ad certum tempus non potest: veluti post quinquennium, quam moriar, vel ex Calendis illis, vel usque ad Calendas illas heres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.

Papinian. l. 34 D. eod. (28, 5): Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.

Vergl. hierüber: Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 40 S. 188—193. Huschke im Rhein. Mus. VI S. 277 S. 321—324. Köppen, die Erbschaft (Berlin, 1856) S. 100, 101. Brinz, Lehrb. der Pand. § 181. v. Keller, Pand. § 491.

[2]) Vinnii com. in § 9 J. 2, 14 nr. 5: Nostri et Gallorum mores hujusmodi subtilitates aversantur: sed ubi receptum est, ut unicuique pro portione bonorum et testato et intestato decedere liceat, ita et ad tempus quisque heredem facere potest, et ex certo tempore, ut aut post tempus aut

die Berufung ſucceſſiver Erben,[1]) indem es nahe lag, eine ſolche in der durch Beifügung eines dies (a quo oder ad quem) beſchränkten Erbeinſetzung zu finden.[2]) Hiernach handelt es ſich immer nur um die

---

antequam dies veniat, intestati hereditatis deferatur, quod jure civili Rom. soiummodo ex privilegio obtinebat in testamentis militum.

Voet, com. ad P. 28, 7 nr. 31: ... Sed uti militibus hoc jure Romano datum fuit, ut ex certo tempore vel ad certum tempus heredes instituere possint, ita quoque moribus hodiernis id promiscue omnibus licet, sic ut lapso tempore institutus vel accipiat vel restituat hereditatem. H. Grotius manduct. ad jurispr. Holl. lib. 2 nr. 34 sq. Leeuwen cens. for. p. 1 lib. 3 cap. 5 nr. 14.

Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. Ed. V (Hal. 1785) § 709: Si heredis institutio adjectionem quandam habet, nimirum conditionem, diem, modum, causam, demonstrationem, de effectu earum idem valet, quod de effectu harum adjectionum in pactis dictum, et, quod speciatim attinet diem, is, sive sit certus sive incertus, ut et, vel tanquam terminus a quo, vel tanquam terminus ad quem adjici potest. Nulla enim ratio differentiae in rerum natura fundata allegari potest.

[1]) ſ. oben zu § 53.

[2]) So verordnet zwar das Erneuerte Gemeine Land-Recht des Hertzogth. Württemb. von 1610 Th. III Tit. 11 § 5, in Uebereinſtimmung mit dem röm. Recht: „Ferners, kan die Erbſatzung nicht auff eine gewiſſe Zeit geſtellt werden, als da der Teſtierer einen allein, auff ein oder mehr Jahr lang, zu ſeinem Erben verordnet, und darbey kein weitere Verſehung thete, wer nach verfließung ſolcher Zeit Erb ſeyn ſollte. Dann in ſolchem Fall der allein auff ein gewiſſe Zeit benannte Erb, auch nach ſolcher beſtimpten Zeit, Erb verbleibt, aller maßen, als wann er ohne Beſtimmung einiger Zeit zum Erben eingeſetzt worden" — ſagt aber gleich im folgenden § 6: „Auff den Fall kann einer auff eine gewiſſe Zeit zu einem Univerſal-Erben ernennt, und nach außgang ſelbiger Friſt, ein anderer zum Erben inſtituirt, iſt und bleibt der erſtbenannt gleichwol rechter und vollkommner Erb in der geſetzten Zeit, aber nach verfließung derſelben würdt der ander, als ein Fideicommissarius, zur Erbſchafft von Rechtswegen zugelaſſen" — ein Beweis, daß in dem im § 5 gedachten Falle nicht die Beifügung des dies für unſtatthaft erachtet, ſondern nur die Erklärung vermißt wird, wer mit Eintritt deſſelben Erbe werden ſoll.

Das Baieriſche Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) folgt dem röm Recht, indem es (Th. III Kap. 3 § 11) beſtimmt „— So viel endlich 4to Institutionem sub Die belangt, ſo iſt der Tag entweder gewiß oder ungewiß. Jener wird pro non adjecto gehalten, ohne Unterſchied, ob man ex vel ad Diem inſtituirt ſey, z. E. da man von Zeit des Teſtators Tod erſt nach zwey Jahren, oder zwar gleich, jedoch nicht länger als auf zwey Jahre Erbe ſeyn ſoll. —" v. Kreittmayr bemerkt dazu: „— Obwohl dasjenige, was das Röm. Recht circa institutionem et hereditatem hierinfalls verordnet, auf einer bloßen Subtilität beruhet, ſo iſt doch ſolches einmahl

Auslegung einer betagten Erbeinsetzung. Diese Auslegung ist in den §§ 259, 260 durch das Gesetz selbst gegeben.[1])

Rechte mehrerer eingesetzter Erben.

§ 261. «Sind, ohne nähere Bestimmung, mehrere Personen zu Erben eingesetzt worden, so erwerben sie die Erbschaft zu gleichen Theilen.»

137. Dieser Satz, der auf einer ganz naturgemäßen Willensaus-

---

recipirt und in unserem Codice nicht abgeändert, folglich muß derjenige, welcher dem instituirten Erben die Erbschaft nicht für beständig, sondern nur auf gewisse Zeit lassen will, denselben mit dem Onere fideicommissario soweit belegen, daß nach der bestimmten Zeit die Erbschaft an Fideicommissarium restituirt werde, oder er kan zwey Erben zugleich, und zwar einen nur in usufructu ad tempus, den anderen aber in proprietate einsetzen, da dann elapso tempore die Nutznießung sich mit der Proprietät von selbst consolidirt. Eine species taciti fideicommissi ist, wann z. E. Titius nur auf eine Zeit, und nach ihm Cajus instituirt wird.

In dem Project des Corporis Jur. Frideric. Zweiter Theil II (1751) Lib. VII Tit. 13 § 14 wird gesagt: „— Wann der Testator drittens den Cajum ex die instituiret, z. E. ein Jahr nach seinem, des Testatoris Tode; oder in diem, z. E. nur auf ein Jahr; so ist nach den Römischen Gesetzen dergleichen Institutio haeredis für ungültig gehalten worden, weil der Testator nicht pro parte testatus, pro parte intestatus versterben kan, sondern der Dies ist detrahiret, und pro non adjecto gehalten worden. Weil Wir aber oben schon disponiret haben, daß auf diese Regul nicht weiter reflectiret, sondern bloß auf den Willen des Testatoris gesehen werden solle; dieser aber dem Erben die Erbschaft nicht eher als nach Ablauf einer gewissen Zeit deferiren, oder dieselbe ihm nur auf eine gewisse Zeit lassen wollen, so muß die Erbschaft in dem ersten Fall dem Substituto, oder den haeredibus ab intestato bis zur Existenz des Tages deferiret, oder, wann diese sich der Erbschaft nicht anmaßen wollen, ein Curator haereditatis bestellet werden, welcher die Revenüen den Creditoribus einliefern und berechnen muß. In dem letztern Fall, nemlich, wann der Testator den Erben nur auf ein Jahr eingesetzt, muß dieser nach Verlauf des Jahrs die Erbschaft dem Substituto, oder den haeredibus ab intestato überliefern."

[1]) Die gleichen Vorschriften enthält das Oesterreich. bürg. Gesetzb. §§ 707, 708, das Sächsische §§ 2013, 2065, 2149, 2505, 2506. Desgl. der Großh. Hessische Entw. Abth. III Abth. 63—65. In den Motiven zu dem letzteren wird u. A. gesagt: Bedingte und betagte letztwillige Verfügungen sind im Grunde nur fideicommissarische Substitutionen, welche sich von den gewöhnlichen Fideicommissen nur dadurch unterscheiden, daß sie auf eine andere Zeit als den Tod des Onerirten gestellt sind und noch von einer andern Bedingung abhängen, als von der, daß der Fideicommissar den Fiduciar überlebte.

legung beruht, ist allgemeinen Rechtens.[1]) Er gilt auch dann, wenn der Erblasser sich auf eine künftige Theilbestimmung berufen hat, diese aber unterblieben ist,[2]) was nach unserem Recht wohl auch bei Bezugnahme auf eine bereits vorgenommene, demnächst aber sich nicht vorfindende Theilbestimmung anzunehmen sein wird.[3]) Der gedachte Rechtssatz hat jedoch nicht auf unbedingte Anwendbarkeit Anspruch, da ihm eine andere, nicht minder durchgreifende Interpretationsregel entgegensteht: nämlich die im § 521 d. T. gegebene Vorschrift:

> „Soweit die gesetzliche Erbfolge durch die letztwillige Verfügung nicht aufgehoben worden, wird, nach den Regeln der ersteren, die in letzterer fehlende Bestimmung ergänzt."

Hat der Erblasser angeordnet, daß seine Intestaterben ihn beerben sollen, so sind auch in Beziehung auf die Vertheilung der Erbschaft die

---

[1]) § 6 J. de her. inst. (2, 14): Si plures instituantur: ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse; satis enim constat, nullis partibus nominatis ex aequis partibus eos heredes esse. Ulp. l 9 § 12 D. eod. (28, 5): Heredes juris successores sunt, et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore jus oportet; quodsi non fiat, omnes aequaliter heredes sunt.

Mantica de conj. ult. vol. Lib. IV tit. IX nr. 2. Institutio ex aequis partibus facta intelligitur. Menoch de Praesumt. Lib. IV Praes. XVIII. Heredes quibus ex partibus instituti, vel substituti praesumantur, elegans et accurata explanatio.

Erneuerte Frankfurt. Reformation von 1611 Th. IV Tit 3 § 11. „Wann in einem Testament viel Personen samptlich zu Erben gesetzt werden, sonder fernere Erklärung, was eines jeden Erbtheil seyn solle: So wird verstanden, und dafür gehalten, daß die Erbschaft under dieselben zugleich soll vertheilet werden." — Erneuert. Gem. Land-R. des Hertzogth. Württemb. von 1610 Th. III Tit. 11 § 11. „So dann einer zween oder mehr Erben eingesetzt, und nicht aigentlich erklärt, wie vil ein jeder erben soll, ist dafür zu halten, daß die Erbschaft gleich under sie außzuthailen seye." Revid. Land-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbess. Land-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 2 Art. 2 § 1. „— So dann einer zween oder mehr Erben einsetzet und benennt, und nicht eigentlich exprimiret, außgedruckt oder Meldung gethan, wieviel derselben ein jeder erben soll: Da bringt es der gemeine Verstand mit sich, daß solche Erbschafft unter die eingesetzten und benennten Erben in gleiche Theil, nach Anzahl derselbigen, zu partiren und zu vertheilen."

Ebenso die neueren Gesetzgebungen: Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 555. Sächs. G.-B. § 2175. Großh. Hessischer Entw. Abth. III Art. 128.

[2]) Ulp. l. 2 pr. l. 36 D. h. t. (28, 5). Arndts im Rechtslex. III S. 920.

[3]) Anders im röm. Recht: l. 2 l. 81 § 2 D. eod. l. 12 D. de b. p. sec. tab. (37, 11).

Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge anzuwenden;[1]) nicht aber, wenn der Testator alle diejenigen einzeln zu Erben einsetzt, die ihn auch nach dem Gesetz beerbt haben würden. Dagegen macht sich jene Bestimmung geltend, wenn es sich darum handelt, ob mehrere Personen zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile berufen sind.

So verordnet das Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 559:

> „Treffen unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammen, wovon einige bey der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als Eine Person angesehen werden müssen, (z. B. die Bruderskinder gegen den Bruder des Erblassers); so werden sie auch bey der Theilung aus dem Testamente nur als Eine Person betrachtet . . .“

eine Interpretationsregel, die auch nach unserm Recht insofern anzuerkennen ist, als nach der Fassung der Erbeinsetzung sich annehmen läßt, der Testator habe die nach der gesetzlichen Erbfolge auf einen Stammtheil gewiesenen Personen auch nur mit einem solchen bedenken wollen.[2])

---

[1]) v. Bangerow, Pand. II S. 198 Nr. 3. Unger, das österr. Erbrecht § 15 Note 6.

[2]) Unger a. a. O. Note 9 bemerkt, es sei gar sehr fraglich, ob durch die Anordnung des § 559, der es doch wohl an haltbarem und erweislichem Grunde fehle, überhaupt der Wille des Erblassers getroffen werde, ob es nicht viel zweckmäßiger gewesen wäre, alles der freien Interpretation zu überlassen. — Mit Recht macht derselbe auch darauf aufmerksam: „Der Zusatz (des § 555), daß die Eingesetzten „„zu gleichen Theilen““ erben sollen, läßt eine verschiedene Deutung zu. Wenn der Erblasser seine Enkel „„zu gleichen Theilen““ beruft, so erben sie gewiß nach der Kopfzahl und nicht nach Stämmen; erklärt er aber: meine Brüder A und B und die Kinder meines Bruders: C, D und E sollen mich zu gleichen Theilen beerben, so kann durch diesen Zusatz immerhin auch nur ausgesprochen sein, daß drei gleiche Theile gemacht werden sollen.“

Vergl. Ulp. l. 13 D. h. t. (28, 5): Interdum haec adjectio, „aeque heredes sunto,“ testatoris voluntatem exprimit; ut puta „Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto.“ Nam haec adjectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos: ut et Labeo scripsit; qua detracta, semissem fratris filii, semissem Primus haberet.

Von den älteren deutschen Partikularrechten enthält nur das Württembergsche Land-Recht von 1610 (Th. III Tit. 11 § 12) eine hierher gehörige Bestimmung: „Es ist aber auch bey Einsatzung viler Erben in acht zu haben, wann Vatter oder Mutter ihre Kinder und KindsKinder mit einander (copulative) zu Erben benennen, daß die Kinder im Ersten Grad zuvorderst, die KindsKinder aber, deren Eltern noch am Leben, erst nach derselben ihrer Elter Tod, zu der Altvätter- oder Altmütterlichen Erbschafft kommen. Es weren dann die KindsKinder mit solchen außtruckenlichen Worten, daß sie nämlich zumahl mit und neben ihren Eltern anstehen und erben sollen, zur Erbschafft beruffen; In welchem Falle sie neben denn Eltern in gleiche,

Viel weiter geht das römische Recht, indem es überhaupt die in der Einsetzungsformel zusammengenannten Erben (conjuncti), den übrigen (disjuncti) gegenüber, nur zusammen zu einem Erbtheile gerufen ansieht.[1])

Eine gleiche Bestimmung enthält auch das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2175:

> „... Wenn die Erbeinsetzung in verschiedenen Sätzen erfolgt ist, oder einige von den Erben unter einer Gesammtbezeichnung eingesetzt worden sind, so erhalten die in einem Satze Genannten und die in einer Gesammtbezeichnung Verbundenen nur einen Theil.“[2])

Mit Recht hat unser Landrecht sich solcher Vorschriften enthalten. Es ist in jedem einzelnen Falle Sache der Auslegung, ob aus der Fassung der Erbeinsetzung sich der Wille des Testators in Betreff der gleichmäßigen oder ungleichmäßigen Vertheilung der Erbschaft unter den berufenen Erben mit Sicherheit entnehmen läßt.

138. Ein Testator ernennt seine schwangere Frau zur einen Hälfte und das zu gebärende Kind zur andern Hälfte als Erben.

---

oder Hauptthail, und nicht im Stammthail zugelassen werden.“ Vergl. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 9 def. 16. Quotquot sunt in familia Cognati heredes instituti, simul succedunt, nec remotiores a proximioribus excluduntur.

Auf den fraglichen Punkt beziehen sich auch die in Seuffert's Archiv II Nr. 201 und VIII Nr. 151 mitgetheilten Rechtsfälle.

[1]) Cels. l. 59 § 2 D. h. t. (28, 5): „Titius heres esto. Sejus et Maevius heredes sunto.“ Verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur. Javolen. l. 11 eod.: „Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto.“ Habebunt duo Titii semissem, Attius semissem; idque Proculo placet. Quid tibi videbitur? Respondit: vera est Proculi opinio. Cf. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. IV tit. IX nr. 6—10.

[2]) Siebenhaar in seinem Com. bemerkt dazu: So viel die hier erwähnte Erbeinsetzung in verschiedenen Sätzen betrifft, so ist es der Sache der Beurtheilung des einzelnen Falles, ob eine solche Erbeinsetzung anzunehmen sei. Natürlich müssen, wenn von einer Anwendung dieses § die Rede sein soll, die Erbeinsetzungen in verschiedenen Sätzen erfolgt und mehrere Erben in einem Satz zusammen berufen sein. Dieß würde z. B. der Fall sein, wenn der Erblasser gesagt hätte: „A soll mein Erbe sein:“ „B und C setze ich zu Erben ein.“ Dagegen würde es keine Erbeinsetzung in verschiedenen Sätzen sein, wenn gesagt wäre: „A soll mein Erbe sein, auch B und C sollen meine Erben sein,“ weil das Wort „auch“ die Erbeinsetzung des B und C mit der des A verbindet.

Wie ist die Erbschaft zu theilen, wenn nach seinem Tode Zwillinge geboren werden?

Diesen Fall hat der Erblasser nicht bedacht. Da sich nun nicht bestimmen läßt, wie er die Erbschaft vertheilt haben würde, wenn er den eingetretenen Fall vorausgesehen, so ist es ebenso zu halten, als wenn er die Theilung der Erbschaft ganz unbestimmt gelassen hätte. Es ist daher der Nachlaß unter die Erben gleichmäßig zu vertheilen.[1])

---

§ 262. »Ist einem der Miterben vor den übrigen eine bestimmte Sache oder Summe vorausbeschieden worden, so wird er, in Ansehung dessen, als ein Legatarius angesehen.«

139. Dieser einfache, der natürlichen Rechtsanschauung vollkommen entsprechende Satz überhebt uns der ganzen künstlichen Theorie der römischen Juristen über das Prälegat[2]), die nur zu unnatürlichen, vom Testator gar nicht gewollten Resultaten führt. Vermöge des aufgestellten Grundsatzes, in Verbindung mit den §§ 271. 273. 449 d. T. und § 460 Tit. 11, stellt sich das Prälegat, ähnlich dem s. g. gesetzlichen Voraus des deutschen Rechts, als eine aus der ganzen ungetheilten Erbschaft vorweg zunehmendes Voraus dar.[3]) Der bedachte

---

[1]) Vergl. Gaj. l. 7 pr. D. de reb. dub. (34, 5). — Ein Fall ähnlicher Art ist: Ein Testator setzt seine schwangere Frau und das zu gebärende Kind als Erben ein, mit der Bestimmung, daß, wenn ein Sohn geboren werde, dieser $^2/_3$ und die Frau $^1/_3$, wenn aber eine Tochter geboren werde, diese $^1/_3$ und die Frau $^2/_3$ erhalten solle. Nach seinem Tode wird ein Sohn und eine Tochter geboren. Diesen Fall behandelt Julian. l. 13 pr. D. de lib. et posth. (28, 2). Vergl. auch l. 47 § 1; l. 81 pr. D. h. t. (28, 5).

[2]) Wie künstlich diese Theorie ist, dafür möchte sich vielleicht schon als Beleg anführen lassen, daß v. Buchholtz (die Lehre von den Prälegaten, Jena 1850) darüber eine Monographie von nicht weniger als 696 Seiten geschrieben hat — ein Werk, über welches Sintenis (prakt. gem. Civilr. III S. 718 Note 1) sagt: „In diesem Buche, welches seiner Aufgabe eine andauernde Sorgfalt zugewendet hat, wie sie selten vorkommt, finden sich überall höchst schätzbare Erörterungen und Bemerkungen zur richtigen Interpretation und Anwendung der Quellenzeugnisse; überhaupt ist diese Lehre durchaus erschöpfend behandelt.“ Vergl. auch Arndts in Weiske's Rechtslex. VI S. 288—290.

[3]) Dies ist auch die Auffassung des Oesterreich. bürg. Gesetzb. § 648. „Der Erblasser kann auch Einem oder mehreren Miterben ein Vermächtniß voraus bestimmen; in Rücksicht dessen sind nur als Legatare zu betrachten.“ Unger,

Erbe bedarf daher zu dessen Geltendmachung nicht der Erbtheilungsklage.[1]) — Ein mehreren Erben zusammen ausgesetztes Prälegat ist, ungeachtet der Verschiedenheit der Erbtheile, nach Köpfen zu vertheilen.[2]) Ist einem bedingt eingesetzten Erben späterhin, ohne Erwähnung der Bedingung ein Prälegat zugewiesen, so ist auch letzteres an jene Bedingung geknüpft zu erachten, sofern sich nach den Umständen vermuthen läßt, daß dem bedingt ernannten Erben nur unter der Voraussetzung, daß er Erbe werden sollte, noch besondere Vortheile zugewendet worden sind.[3])

---

§ 263. «Ebenso wird derjenige, welchem nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente zu seinem Erbtheil ausdrücklich angewiesen worden, im Verhältnisse gegen die übrigen Erben, als ein bloßer Legatarius betrachtet.»

140. Auch dieser Rechtssatz, der in der Begriffsbestimmung der Vermächtnißanordnung (§§ 5, 6 d. T.), im Gegensatze von der Erbeseinsetzung (§ 4), schon von selbst gegeben ist[4]) und auf dem gleichen

---

das österr. Erbr. § 55 Note 11. Ebenso bestimmt das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 5. „... 3tio ist der instituirte Erbe ebenfalls nicht fähig, ein Legat zu empfangen, es sey denn, daß er nicht allein Erbe ist, sondern Miterben hat, denn da kann ihm ein Prälegat, da ist, ein solches Legat vermacht werden, welches er in der Theilung voraus hat. Wobey jedoch 4to zu unterscheiden ist, ob das Prälegat nur überhaupt, ohne Jemanden besonders damit zu oneriren, vermacht ist, oder nicht. Letztenfalls wird das ganze Prälegat bey dem Onerirten allein, erstenfalls aber bey der unvertheilten Masse, und zwar dergestalten erhohlet, daß Praelegatarius an seinem sonstigen Erbtheile keinen besonderen Abzug deswegen zu leiden hat."

Das Sächs. bürgerl. Gesetzb. schließt sich dagegen wieder dem röm. Rechte an, indem es vorschreibt: § 2401. „Das einem Miterben aus der Erbschaft hinterlassene Vermächtniß gilt bloß soweit als Vermächtniß, als es auf den Erbtheilen der Miterben haftet." § 2402. „Ist ein Vermächtniß einem Erben und einem Nichterben gemeinschaftlich hinterlassen, so theilen sie Das, was die übrigen Miterben zu dem Vermächtnisse beizutragen haben; Das, was der Erbe als solcher zu dem Vermächtnisse beizutragen hat, erhält der Nichterbe allein."

[1]) Vergl. den Rechtsfall im Arnsb. N. Archiv XV S. 658—663.

[2]) l. 67 § 1 D. de leg. 1. l. 2 pr. D. do instruct. v. instr. leg. (33, 7).

[3]) Vergl. l. 77 pr. D. de cond. et dem. (35, 1). Mantica de conj. ult. vol. Lib. X tit. VI nr. 5. Menoch, de Praesumt. Lib. IV Praes. 179.

[4]) Vergl. auch Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 535 (s. oben S. 318). — Röder,

Prinzipe beruht, wie die §§ 256—258, enthält eine der modernen Rechtsansicht ganz entsprechende Abweichung von dem römischen Recht, welches die Erbeinsetzung mehr von ihrer formellen, als ihrer materiellen Seite auffassend, in dem heres ex re certa, trotz der beigefügten Beschränkung, immerhin einen heres — einen wahren Erben erblickte.[1])

Die beigefügten, für den aufgestellten Grundsatz an sich bedeutungslosen Worte „im Verhältnisse gegen die übrigen Erben" erklären sich leicht, wenn man den Zusammenhang des § mit den §§ 256—258 beachtet. Die letzteren betreffen den Fall einer bloßen codicillarischen Disposition bei Bestehenbleiben der Intestaterbfolge. Der § 263 bezieht sich dagegen auf die testamentarische Ernennung mehrerer Erben, von denen der eine nur mit einem Vermächtniß bedacht ist. Die gedachten Zusatzworte entsprechen daher ganz den im § 258 gebrauchten Worten: „im Verhältnisse gegen die Intestaterben," ohne eine weitere Bedeutung als diese zu haben. Mit Recht hat daher unser Ober-Tribunal angenommen:

> „Derjenige, dem nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente zu seinem Erbtheil ausdrücklich angewiesen worden, ist nicht bloß im Verhältnisse gegen die übrigen Erben, sondern auch im Verhältnisse zu den Nachlaßgläubigern, als bloßer Legatar zu betrachten." [2])

Grundzüge des Naturrechts ꝛc. (2. Aufl. 1863) II S. 523: Kann nur Derjenige als Erbe gelten, der in Bezug auf die ganze Verlassenschaft oder doch auf einen in Verhältniß zum Ganzen bestimmten Theil derselben (quota pars) Rechtsnachfolger oder Stellvertreter des Erblassers ist, so muß im Gegensatz jeder auf andere Weise (z. B. mit einzelnen Sachen, Rechten oder einem fest bestimmten Betrag (quanta pars) letztwillig Bedachte, aber auch nur ein Solcher, als bloßer Vermächtnißnehmer (successor in singulam rem) betrachtet werden.

[1]) Dr. Carl Neuner, die heredis institutio ex re certa. Eine civilistische Abhandlung. Gießen, 1853. („Eine sehr gründliche und erschöpfende Bearbeitung dieser bisher sehr streitigen Lehre besitzen wir in dem angeführten Werke, das die ganze ältere Literatur darüber entbehrlich macht." Arndts, Lehrb. der Pand. § 493 Anm. 3: — Auch Jhering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik I S. 28 Note 8 bezeichnet diese Schrift als „einen höchst gelungener Weise gemachten Versuch einer civilistischen Erklärung der institutio ex re certa.") Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Com. B. 40 S. 169—178. Brinz, Lehrb. der Pandekt. § 181. Seuffert, Archiv III. 347 VII. 335 IX. 51.

[2]) Präjud. vom 30. April 1847 (Entscheid. B. 15 S. 188 f.). Vergl. auch Striethorst, Archiv B. 8 S. 130 f. Dieser Satz wird übrigens auch nach gemeinem Recht angenommen. Carpzov, Opus Decis. nr. 81. Heres

141. Die möglicher Weise auf einer Ungunst des Erblassers beruhende Beschränkung des einen Erben auf eine bestimmte Sache oder Summe kann unter Umständen gerade zu dessen Vortheil gereichen, nämlich wenn der Nachlaß dergestalt mit Schulden und Vermächtnissen belastet ist, daß für die wirklichen Erben gar nichts übrig bleibt. Nach unserem Rechte ist hier keine Abhülfe [1]) zu gewähren. Es bestimmt vielmehr der § 275 und 276 d. T. ausdrücklich:

> „Wenn aber der Testator einigen nicht in gewissen Quoten eingesetzten Erben so viel einzelne Stücke oder Summen angewiesen hat, daß der Nachlaß dadurch ganz erschöpft wird, und für die anderen Miterben nichts übrig bleibt; so können Letztere von ihren mit einzelnen Stücken oder Summen bedachten Miterben keine Abgabe verlangen."
>
> „Vielmehr findet in einem solchen Falle eben das Statt, was verordnet ist, wenn der Nachlaß durch Vermächtnisse erschöpft worden."

Daß der Testator eine solche Bevorzugung der als bloße Legatare behandelten Erben offenbar nicht beabsichtigt hat, ist gleichgültig, da das eingetretene Ergebniß eine rechtliche Folge seiner Anordnungen ist.[2])

142. Ein Besitzer von drei Gütern setzt seine drei Söhne zu Erben ein und weist jedem ein bestimmtes Gut als Erbtheil an. Er veräußert später das eine Gut und hinterläßt nichts als die beiden anderen.

---

in re certa institutus, etiamsi sit filius, filiave, habetur pro legatorio, et propterea ab exsolutione aeris alieni est immunis.

Voet, com. ad P. 29, 2 nr. 22.

Vergl. Württemberg. Landrecht von 1610 Th. III Tit XI § 16.

[1]) Nach röm. Recht lag die Abhülfe in dem Abzug der falcidischen Quart. Vergl. Sintenis, prakt. gem. Civilr. III S. 424.

[2]) Dagegen hat das Sächs. bürg. Gesetzb. für diesen Fall besondere Vorsorge getroffen, indem es bestimmt: § 2184. „Hat der Erblasser Mehrere zu Erben ernannt und Einige davon auf einzelne Sachen, Rechte oder Summen beschränkt, Andere aber unbeschränkt eingesetzt, so erhalten die Ersteren die ihnen zugewiesenen Sachen, Rechte oder Summen, als Vermächtnißnehmer, die Letzteren den Ueberschuß als Erben nach den Vorschriften im § 2175." § 2185. „Wird die Erbschaft in dem Falle des § 2184 durch die einigen der Erben zugetheilten Sachen, Rechte oder Summen erschöpft, so sind diese Zuwendungen soweit verhältnißmäßig zu mindern, daß jeder unbeschränkt eingesetzte Erbe einen solchen Erbtheil erhält, wie er ihn erhalten würde, wenn die beschränkt und unbeschränkt eingesetzten Erben die Erbschaft nach der Personenzahl unter sich zu theilen hätten, ausgenommen wenn die unbeschränkt eingesetzten nur auf den Ueberschuß gewiesen sind, welchenfalls sie nichts erhalten und die beschränkt eingesetzten als alleinige Erben zu betrachten sind."

Digitized by Google

Wie ist die Erbschaft zu theilen?

Der § 263 setzt voraus, daß von mehreren Erben nur dem einen oder andern eine bestimmte Sache oder Summe als sein Erbtheil angewiesen ist und findet daher keine Anwendung, wenn der Erblasser auf diese Weise den ganzen Nachlaß unter sämmtliche berufene Erben vertheilt hat. Hier liegt rücksichtlich aller Berufenen eine wahre Erbeseinsetzung vor,[1]) verbunden mit einer Theilungsanordnung. Bei der letzteren war aber vorausgesetzt, daß der Nachlaß aus den drei Gütern bestehen werde. Da diese Voraussetzung nicht eingetreten ist, so muß der ganze vorhandene Nachlaß unter die Erben gleichmäßig vertheilt werden.

---

§ 264. «Hat der Testator, durch eine unter seinen eingesetzten Erben regulirte Theilung, den Nachlaß nicht völlig erschöpft, so fällt das Uebrige sämmtlichen wirklich eingesetzten Miterben anheim (§§ 254. 255.)»

§ 265. «Wenn die mehreren Erben in gewisse nur im Verhältnisse gegen das Ganze bestimmte Theile oder Quoten eingesetzt sind, so erwerben sie einen solchen Anfall nach Verhältniß dieser Erbtheile.»

§ 266. «Wenn aber der Erblasser, ohne Bestimmung von Erbquoten, den ganzen Nachlaß, bis auf einen solchen Ueberrest, unter die mehreren Erben vertheilt hat, so haben dieselben an diesen Ueberrest gleichen Anspruch.»

143. Diese Vorschriften, gleich den §§ 268—270, enthalten für den in den §§ 254, 255 vorausgesetzten Fall (der gänzlichen Ausschließung der Intestaterbfolge) die Theilungsgrundsätze, welche im Verhältniß der berufenen Erben zu einander zur Anwendung

---

[1]) Vergl. Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 2183. „Hat der Erblasser Mehrere zu Erben ernannt, dieselben aber auf einzelne Sachen, Rechte oder Summen beschränkt und wird die Erbschaft durch die Einsetzungen erschöpft, so sind die eingesetzten Erben nach dem Verhältnisse, in welchem zur Todeszeit des Erblassers die Schätzungssumme der jedem einzelnen zugewiesenen Sachen oder Rechte, oder die jedem einzelnen zugetheilten Summen zu dem Gesammtwerthe der Erbschaft stehen, als alleinige Erben, mit Ausschluß der gesetzlichen Erben, zu betrachten." Vergl. auch Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 30 S. 60, 64 f.

kommen. Sie beruhen daher auf der Voraussetzung, daß der Testator über seinen gesammten Nachlaß zu Gunsten der eingesetzten Erben hat verfügen wollen, seinem Willen jedoch einen mangelhaften, der Ergänzung bedürfenden Ausdruck gegeben hat. Jener Wille muß vorerst feststehen, ehe von der Ergänzung oder Berichtigung des Ausdruckes die Rede sein kann — so namentlich in dem Falle, wenn der Testator die Erbschaft unter den eingesetzten Erben quotenweise vertheilt hat, die von ihm angegebenen Quoten aber nicht ein volles Ganze ausmachen.[1])

---

§ 268. «Hat der Testator einem oder etlichen von den eingesetzten mehreren Erben ihre Erbportionen ausdrücklich angewiesen, anderen aber keinen dergleichen Antheil bestimmt; so erhalten Letztere den Ueberrest, und zwar, wenn ihrer mehrere sind, zu gleichen Theilen.» [2])

§ 269. «Hat der Testator die Masse durch Bestimmung von Erbquoten dergestalt erschöpft, daß für den- oder diejenigen, deren Antheil unbestimmt geblieben ist, nichts mehr übrig sein würde; so müssen die anderen Miterben dem- oder denselben, nach Verhältniß ihrer Antheile, so viel abgeben, als erforderlich ist, sie demjenigen gleich zu setzen, dem im Testamente der kleinste Antheil beschieden worden.»

§ 270. «Sind die Erbquoten der übrigen Erben gleich groß bestimmt, so müssen sie an den, dessen Antheil unbestimmt geblieben ist, so viel abgeben, daß er mit jedem von ihnen gleichviel erhalte.»

144. Durch die an sich klaren Bestimmungen der §§ 269, 270,

---

[1]) Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 556. „... Hat aber der Erblasser die Erben zum ganzen Nachlasse berufen; so haben die gesetzlichen Erben keinen Anspruch, obschon er in der Berechnung der Beträge, oder in der Aufzählung der Erbstücke etwas übergangen hätte." Vergl. auch § 558 a. E.

Entwurf des Großh. Hess. bürgerl. G.-B. Abth. III Art. 130. „Hat der Erblasser mehrere Personen als seine alleinigen Erben eingesetzt und die Erbtheile Aller so bestimmt, daß die Erbschaft dadurch nicht erschöpft wird, so fällt der Ueberschuß der Letzteren an die Eingesetzten nach Verhältniß ihrer Erbantheile."

[2]) § 6 J. de her. inst. (2, 14): ... Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars

die sich auch im Oesterreichischen so wie im Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche finden,[1]) sind die auf einer, den Römern eigenthümlichen Berechnungsart beruhenden und daher für unser Rechtsleben nicht brauchbaren Grundsätze des römischen Rechts[2]) beseitigt.[3])

145. Eine verhältnißmäßige Herabsetzung muß auch dann stattfinden, wenn sämmtliche Erben zu bestimmten Quoten eingesetzt sind, diese aber das Ganze übersteigen.[4])

---

assi deerit: ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt . . .

Ulp. l. 17 pr. eod. (28, 5): Item quod Sabinus ait, si cui pars adposita non est, excutiamus: duos ex quadrantibus heredes scripsit, tertium sine parte; quod assi deest, feret. Hoc et Labeo.

Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 557. Sächsisches bürgerl. Gesetzb. § 2179.

[1]) Oesterr. b. G.-B. § 558. Sächs. b. G.-B. § 2180. Die gleiche Vorschrift enthält auch der Großh. Hessische Entwurf Abth. III Art. 131.

[2]) Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 40 S. 116 ff. Sintenis, prakt. gem. Civilr. III § 172. v. Vangerow, Pand. II § 449. Bering, Röm. Erbrecht S. 319 f.

[3]) Denselben folgt noch das Baierische Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 9 Nr. 10. v. Kreittmayr bemerkt dazu: „Obwohl heut zu Tag nicht leicht mehr ein so närrisches Testament bey uns vorkommen wird, welches die Erbschaft secundum asses et uncias repartirt, so könnte sich doch der Casus noch wohl ergeben, und da hätte man keine andere Regul in decisione als obige; derowegen es auch unser Codex nr. 10 dabey belaßt."

[4]) § 7 J. de her. inst. (2, 14): . . . Et ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere, ut si, verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset.

cf. l. 13 § 4—7 D. eod. (28, 5).

Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 2177. „Uebersteigt die Summe der den sämmtlichen Erben ausgesetzten ideellen Theile das Ganze, so wird Jedem nach Verhältniß des ihm bestimmten Theiles abgezogen." Siebenhaar in seinem Com. bemerkt dazu: Ein unter diesen § zu subsumirender Fall würde sein, wenn Erblasser so verfügt hätte: „A soll meine ganze Erbschaft erhalten; B soll die Hälfte meiner Erbschaft erben." In diesem Falle ist eine doppelte Auslegung möglich. Einmal nämlich kann man sagen, es habe der Erblasser durch die Erbeinsetzung des B die des A beschränkt, es solle also die Erbschaft dem A und B jedem zur Hälfte gehören. Das andere Mal kann man sagen, es seien die beiden Erbeinsetzungen in ein Verhältniß zu einander zu bringen, dergestalt daß der A zwei Drittheile, der B aber ein Drittheil erhalte. Von diesen Auslegungen billigt das B. G.-B. die letztere. (In Betreff des gemeinen Rechts vergl. Mühlenbruch, Forts. Glück'schen Com. B. 40 S. 122—133. Sintenis, prakt. gem. Civilr. III § 172, insbes. Note 23.)

Ueber den Fall, wenn der Testator sämmtlichen Erben bestimmte Summen

146. Die §§ 269 f. finden auch in dem Falle Anwendung, wenn der Teſtator den mit einem unbeſtimmten Antheil bedachten Erben „ausdrücklich nur in den Ueberreſt eingeſetzt, oder alle Abzüge von den Antheilen der übrigen Miterben ausdrücklich verboten hätte“ (§ 274). Dieſer Satz, deſſen Grund nur in einem vom Geſetz vermutheten Irrthume des Teſtators zu ſuchen iſt,[1]) weicht vom römiſchen Rechte ab.[2])

Folgen der Entſagung ſämmtlicher Teſtamentserben.[3])

§ 277. «Iſt nur Ein Erbe ernannt worden, und kann oder will derſelbe nicht Erbe ſein; ſo fällt, in Ermangelung eines Subſtituten, der ganze Nachlaß an die Inteſtaterben.»

§ 278. «Ein Gleiches geſchieht, wenn zwar mehrere Erben eingeſetzt ſind, dieſe aber insgeſammt die Erbſchaft nicht annehmen können oder wollen, und kein auf dieſen Fall ernannter Subſtitut vorhanden iſt.»

§ 279. «In beiden Fällen (§§ 277. 278) treten die Inteſtat- nur an die Stelle der eingeſetzten Erben, und müſſen, gleich dieſen, den Verordnungen des Erblaſſers in Anſehung der Vermächtniſſe und ſonſt Genüge leiſten.»

147. Die letztere Vorſchrift (deren bereits oben S. 114 in Be-

---

zu ihrem Erbtheile angewieſen hat, welche den Beſtand des Nachlaſſes überſteigen, ſ. Sintenis a. a. O. Vergl. auch Sächſ. Geſetzb. § 2183 (oben S. 536 Note 1).

[1]) So wird in den Motiven des Heſſiſchen Geſetzentw. Abth. III S. 92 geſagt: Es laſſe ſich nicht annehmen, daß der Erblaſſer einen Erben berufe, ohne die Abſicht, demſelben eine Vermögenszuwendung zu machen; in den Fällen der gedachten Art könne daher die in dem letzten Willen vorgenommene Vertheilung nur auf einem Irrthum beruhen. — Das Oeſterr. b. G.-B. § 558 beſtimmt allgemein: „... In allen anderen Fällen, wo ein Erblaſſer ſich verrechnet hat, iſt die Theilung auf eine Art vorzunehmen, wodurch der Wille des Erblaſſers nach den über das Ganze erklärten Verhältniſſen auf das möglichſte erfüllt wird.“

[2]) Ulp. l. 17 § 3 D. h. t. (28, 5): Sed si asse expleto alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet; aliter atque si ita scripsisset expleto asse: „ex reliqua parte heres esto,“ quoniam, quum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est. Dieſem Grundſatze folgt auch das Sächſ. b. G.-B. § 2185.

[3]) Lauterbach, diss. acad. Vol. III disput. 132 de testamento destituto

ziehung auf § 401 Tit. 9 gedacht worden iſt) enthält eine weſentliche Abweichung vom römiſchen Recht,[1]) die ſchon in der älteren gemeinrechtlichen Doctrin eine Grundlage findet,[2]) vorzugsweiſe aber auf germaniſcher Rechtsanſchauung beruht.[3]) Sie iſt daher auch in die deutſchen Partikularrechte übergegangen.[4])

---

et ejus jure novissimo (anu. 1670) p. 840—867. Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Com. B. 39 S. 39 f. Heimbach in Weiske's Rechtslex. X S. 977 f.

[1]) Paul. l. 181 D. de R. J.: Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur. Pompon. l. 9 D. de test. tut. (26, 2): Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt ... l. 2 C. si omiss. caus. test. (6, 39): ... si vero jure facto testamento, cessante herede scripto alter ab intestato adiit hereditatem, neque libertates, neque legata ex testamento posse praestari manifestum est.

cf. § 2 i. f. J. de L. Falc. (2, 22) und Gaj. l. 73 pr. i. f. D. eod. (35, 2): — heredi liberum est non adire hereditatem; quae res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci.

Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Com. B. 39 S. 44 f.

[2]) Voet, com. ad P. 28, 3 nr. 14: Sunt et alii modi, quibus testamenta irrita fiunt, puta, si hereditas ex iis haud adeatur, dum institutus aut non vult, aut non potest heres esse. Quo tamen casu ex jure novissimo legata videntur legatariis salva esse, si ob defectum instituti heredis ad legitimos hereditas devolvatur. Nov. 1 cap. 1, 2. Quod et moribus nostris conveniens est propter clausulam codicillarem, testamentis addi solitam. Sande, Decis. Fris. lib. 4 tit. 4 def. 10.

Mueller i addit. ad Struv synt. jur. civ. Exerc. 34 th. 70 not. γ: Legata et fideicommissa in testamento destituto relicta ab heredibus legitimis sive ab intestato venientibus sunt praestanda, sive testator expresse et formaliter, sive implicite, tacite et virtualiter hoc disposuerit. not. δ III. Legata et fideicommissa, in testamento destituto relicta, ab heredibus ab intestato venientibus praestanda sunt, si aliunde constet de hujusmodi testatoris voluntate, quod ea ita praestari voluerit; hinc admittunt DD clausulam codicillarem tacitam, alii vocant fictam, cujus species est in l. 77 § 23 de leg. 2. Vergl. auch Christ. de Wolff, princ. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 939 ... enm heres facto suo jus legatarii adimere non possit, et naturaliter in testamento etiam de legatis tantummodo disponi queat, si heres institutus hereditatem adire nolit, vel non possit, legata tamen subsistunt.

[3]) Löher, das Syſtem des Preuß. Landr. S. 236: Daß mit der Erbeinſetzung auch die Vermächtniſſe zuſammenfallen, war zwar nach röm. Recht konſequent, weil die Vermächtniſſe nur durch die beſtimmte Erbeinſetzung ihren Halt hatten, nicht aber nach Deutſchem Recht; denn nach dieſem blieb das Recht der Familie immer neben und mit dem Teſtamente lebendig. Die Codicillarclauſel war deshalb im gemeinen Recht ſo üblich geworden, weil man dadurch das deutſche, immer im Hintergrunde ſtehende Recht der Familie bezeichnete,

148. So wenig eine in oder neben einem Teſtamente getroffene codicillariſche Verfügung durch das Wegfallen der Teſtamentserben ihren Rechtsbeſtand verliert, ſo wenig iſt dies der Fall bei einem Inteſtatcodicille, wenn der darin mit einem Vermächtniſſe beſchwerte nächſte Inteſtaterbe nicht zur Erbſchaft gelangt, dieſe vielmehr an einen Erben des zweiten Grades fällt.[5])

um die Folgerungen des röm. Teſtamentsrechts auszuſchließen. Das Landrecht hat mit richtigem Verſtändniß des geltenden Rechts klar ausgeſprochen, daß ſich die Codicillarclauſel immer von ſelbſt verſtehe.

[4]) Dem röm. Recht ſchließen ſich noch an das Württemb. Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 20 § 8: „Gleichfalls ſo die eingeſetzte Erben, nach abſterben deß Teſtierers nicht Erben ſeyn wollten, oder nicht köndten, mag das Teſtament auch nicht krafft haben, weder der Erbſatzung noch der Legaten halben. Es were dann darinnen ſondere Fürſehung geſchehen, wie es in dieſem Fall gehalten werden ſollte." Vergl. auch das Revid. Land-Recht des Hertz. Preußen von 1685 (Verbeſſ. Land-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 1 Art. 2 § 2. — Dagegen beſtimmt das Baieriſche Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 29: „Vereitelt oder vergeblich wird ein Teſtament . . . auf Seite des Erben . . . wenn die Erbſchaft von dem inſtituirten Erben nicht angetreten wird, oder nicht angetreten werden kann, welchenfalls nicht nur die Legata und Fideicommissa particularia et universalia, ſondern auch — die Substitutiones directae gleichwohl noch beſtehen." Vergl. dazu v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 3. Von neueren Geſetzbüchern beſtimmen das Oeſterreich. § 726. „Will oder kann weder ein Erbe, noch ein Nacherbe die Verlaſſenſchaft annehmen; ſo fällt das Erbrecht auf die geſetzlichen Erben. Dieſe ſind aber verpflichtet, die übrigen Verfügungen des Erblaſſers zu befolgen . . ."

das Sächſiſche § 2386. „In Ermangelung einer Erbeinſetzung oder beim Wegfalle derſelben iſt anzunehmen, daß der Erblaſſer die Entrichtung der ohne Bezeichnung eines anderen noch vorhandenen Beſchwerten angeordneten Vermächtniſſe ſeinen geſetzlichen Erben auferlegt hat."

das Zürcheriſche § 2090. „Die Gültigkeit des Vermächtniſſes iſt von der formellen Gültigkeit des Teſtamentes abhängig, durch das es beſtimmt worden, nicht aber von dem Antritt der Erbſchaft durch die Teſtamentserben."

[5]) Anders nach röm. Recht. Ulp. l. 1 § 9 D. de leg. 3: Illud certe indubitate dicitur, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, eum fideicommissum non debere. Et ita Imperator noster rescripsit.

Bering, Röm. Erbr. S. 721: Wenn ein Inteſtaterbe wegfällt, dem ein Vermächtniß aufgelegt iſt, und an ſeine Stelle tritt ein Transmiſſar, oder vermöge Anwachſungsrechtes ein Miterbe, ſo muß nun dieſer das Vermächtniß leiſten. Wenn aber vermöge successio graduum oder ordinum eine neue Delation eintritt, ſo brauchen die nun eintretenden Erben nicht die denen des früheren Grades aufgelegten Vermächtniſſe zu entrichten, es ſei denn, daß der Erblaſſer ausdrücklich beſtimmt hätte, wer immer ſein Erbe werden würde, ſolle das Legat auszahlen.

149. Die Frage, nach welchem Zeitpunkte es ſich entſcheidet, wer als der nächſt berechtigte zur geſetzlichen Erbfolge berufen ſei, iſt bereits oben S. 118 f. erörtert.

Recht des Zuwachſes.[1])

§ 281. «Wenn hingegen von mehreren ernannten Miterben nur einer oder der andere nicht Erbe ſein kann oder will, ſo wächſt der ſolchergeſtalt erledigte Erbtheil, in Ermangelung eines Subſtituten, den übrigen Erben zu.»

§ 282. «Dieſer Zuwachs geſchieht nach eben dem Verhältniſſe, nach welchem der Hauptnachlaß, vermöge des Teſtamentes, oder vermöge der Geſetze, unter die Miterben zu vertheilen iſt (§ 261 ff.).»

150. Während nach römiſchem Recht das Anwachſungsrecht allein

---

[1]) H. Baumeiſter, das Anwachſungsrecht unter Miterben nach Röm. Rechte. Tübingen, 1829. M. S. Mayer, das Recht der Anwachſung bei dem teſtamentlichen und geſetzlichen Erbrecht und bei Legaten oder Fideicommiſſen. Rein aus den Quellen dargeſtellt. Tübingen, 1835. — Witte in Weiske's Rechtslex. I S. 270—313. Mühlenbruch, Fortſ. des Glück'ſchen Com. B. 43 S. 243—367. v. Bangerow, Pand. II §§ 493—496. Brinz, Lehrb. der Pand. § 196.

Ueber die ältere Literatur ſ. Baumeiſter S. 5 f., woſelbſt u. A. bemerkt iſt: „Das jus accrescendi war im 17. und 18. Jahrhundert der Tummelplatz einer großen Menge von Diſſertationen, aus denen jedoch wenig mehr zu lernen iſt, als die gewöhnliche Einleitung, daß dieſe Lehre unergründlicher als das ſchwarze Meer, und eine Darſtellung derſelben die 13. herkuliſche Arbeit ſei." Vergl. auch Mnelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. VII th. 26 not. α: De jure accrescendi quaestio sane difficilis est: Sunt in ea Maeandri flnxus et recessus plurimi (Gomez lib. 1 resol. c. 10). Materia est alta, snbtilis et de apicibus juris (Wesenb. in parat. D. h. t), inexplicata (Hotom. lib. 6 obs. c. 12) qua nnlla toto jure spinosior atqne perplexior, non tamen momentosa carens utilitate (Vnltej. in § fin. J. de donat.), una ex difficillimis et snbtilissimis jnris capitibus, doctissimorum hominnm ingenia mirifice torquens (Fachinaeus lib 4 controv. c. 98), obscura, difficilis et maximi laboris (Giphan. in § 8 J. de legat.), insignis, acnta, difficilis et toto fere jure diffusa; necessaria et fructuosa tamen: uti qnam cum Bartolus tractaret Pisis, ad eum totiens Italiae Scholasticos, velnti ad Apollinis oraculum, conflnxisse testatur Corasius in l. ex test. C. de impub. et aliis snbst.

In Betreff des Preuß. Rechts iſt zu verweiſen auf: Crelinger, Syſtem

in dem gleichen Principe seinen Grund hat, wie die Regel nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, also auf juristischer Nothwendigkeit beruht,[1]) ist nach heutigem Recht der Grund desselben ausschließlich in dem muthmaßlichen Willen des Erblassers zu suchen.[2]) Es kann daher niemals gegen den Willen des Testators eintreten.[3]) Durch dieses neuere Prinzip hat die ganze

---

des preuß. Erbrechts. Breslau 1834. Korte, Entwickelung der Lehre vom jus accrescendi nach Preuß. Recht (im Arnsb. N. Archiv II 1835 S. 476—516). Bornemann, Syst. Darst. des Pr. Civilr. (2. Ausg.) VI S. 71 f. Koch in seinem Kom. zum A. L. R. zu §§ 281 f. d. T.

[1]) Siehe oben zu § 45 d. T. S. 373 f. Hofacker, princ. jur. civ. § 1462: Ratio juris accrescendi . . . sita est in necessitate legali, quae pendet ab individuitate hereditatis et repraesentationis personae defuncti (Vinnius Quaest. sel. II. 22); cui accedit in successione testata et haec ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere queat (Bynkershoek Obs. II. 3).

Vergl. Mantica, de conjectur. ult. vol. Lib. IV tit. X. Jus accrescendi hereditarium an veniat ex conjectura voluntatis.

Menoch de Praesumt. Lib. IV praes. 86. Jus accrescendi an sit ex praesumpta atque conjecturata voluntate testatoris a lege introductum, accurate explicatur.

[2]) Voet, com. ad P. 29, 2 nr. 40: Mores nostros quod attinet, uti unusquisque pro parte testatus et intestatus decedere potest, ita quoque jus accrescendi, quatenus Romani juris subtilitatibus nititur, inter coheredes locum non habet; neque tamen in universum censeri debet inter eos abolitum, sed magis adhuc admittendum totiens, quotiens vel evidens vel saltem probabilis voluntas testatoris est.

v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 1 § 16 Nr. 1: „den Grund des jus accrescendi suchen Einige in individuitate hereditatis, wie auch in dem bekannten Röm. Rechts-Principio, daß niemand theils testato theils intestato absterben könne. Er steckt aber vielmehr in dem praesumirlichen Willen des Erblassers, daß er die vacante Erbsportion lieber den übrigen Miterben als anderen habe beilegen wollen." — So sagt auch Suarez in seinen amtlichen Schlußvorträgen, nachdem er dargelegt, daß der Grundsatz: nemo pro parte testatus etc. habe verlassen werden müssen (s. oben S. 373 Note.): „Zwar könnte es scheinen, daß aus eben diesem Grunde auch das ganze jus accrescendi hätte aufgehoben werden sollen, indem dasselbe ursprünglich in der Absicht erfunden worden, zu verhindern, daß die Portion des defecirenden Miterben an die heredes ab intestato falle. Allein das jus accrescendi hat außer diesem noch einen andern, vernunftmäßigeren Grund, nämlich die Präsumtion: daß der Testator diejenigen, die er im Testamente zu seinen Erben ernannt, mehr geliebt als seine heredes ab intestato.

[3]) § 285 d. T. „Hat der Testator den Zuwachs ausdrücklich verboten, so fällt die erledigte Erbportion jedesmal an die Intestaterben."

Lehre vom Anwachſungsrechte eine weſentlich andere, und zwar bei weitem einfachere, Geſtaltung gewonnen, da es ſich immer nur darum handelt, den Willen des Teſtators zur Geltung zu bringen.[1])

Unſer Landrecht geht nun von dem Geſichtspunkte aus,

> daß, wenn Jemand in der im § 254 d. T. vorausgeſetzten Art ſeinen ganzen Nachlaß mehreren Perſonen beſchieden — alſo die Inteſtaterben ausgeſchloſſen hat — auch bei dem Wegfallen des einen Erben die Inteſtaterben ausgeſchloſſen

---

[1]) Es ließe ſich freilich behaupten, daß mit Aufhebung der Rechtsregel nemo pro parte test. etc. das ganze Anwachſungsrecht ſeinen Boden verloren habe und daher bei uns daſſelbe gelten müſſe, was ſchon die Römer bei Militairteſtamenten annahmen (Paul. l. 37 D. de test. mil. (29, 1): Si duobus a milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem: pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest et competit patrono ab intestato bonorum possessio; nisi haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem), daß alſo der ausfallende Erbtheil des einen Teſtamentserben in Ermangelung einer substitutio reciproca den Inteſtaterben zufällt. So ſagt auch S. Stryk, de caut. test. cap. 1 § 14: Ex quo satis constat, etiam contra mentem et voluntatem testatoris quandoque explicari testamenta, ut tantum heredibus legitimis aegre fiat, et hi omni commodo, licet per leges debito, priventur, quod merito emendandum, et omne jus accresc. inter coheredes tollendum, quo hac ratione, ubicunque ullo modo deficere incipit voluntas testatoris, ibi mox admittatur heres ab intestato; quod absurdum non esse ex ipso jure nostro constat, dum in militis testamento hoc fieri debere statuerunt l. 37 D. de test. mil.

In gleicher Betrachtung hat auch das Project des Corp. Jur. Frideric. Th. II (1751) Lib. VII tit. IV art. 1 § 17 das ganze jus accr. abgeſchafft wiſſen wollen: „— Daher ſind Wir nach reiflich überlegter Sache bewogen worden, das ganz Jus accrescendi hierdurch aufzuheben, und ein für allemal feſtzuſetzen, daß, wann einer von den conjunctim eingeſetzten Erben abgehet, deſſen Portion allezeit den Erben ab intestato (nicht aber den Cohaeredibus), anheim fallen ſolle: wodurch alſo die in dem vorhergehenden § 11 angeführte Regel, daß niemand pro parte testatus, pro parte intestatus verſterben könne, ohnedem von ſelbſten hinwegfällt. — Wir haben um ſoviel mehr nöthig gefunden dieſe Subtilitaeten, welche zu vielen intricaten Proceſſen Anlaß geben können, abzuſchaffen, weil eines Theils das Jus Accrescendi eben aus dieſer Urſache per Legem Papiam ſchon ehemals aboliret, und erſt von dem Justiniano wieder eingeführet worden; andern Theils der Billigkeit gemäß iſt, daß, wenn ein instituirter Erbe defeciret, deſſen Portion vielmehr denenjenigen, welche von der Natur oder Jure familiae ab intestato zu der Succeſſion gerufen werden, als den Cohaeredibus anheim falle: Und da in Contractibus kein Jus Accrescendi ſtatt hat, ſo finden Wir keine Urſache, worum daſſelbe in ultimis voluntatibus ſtattfinden ſolle."

bleiben, also allemal zu Gunsten der übrigen Erben das Anwachsungsrecht eintritt, und zwar in der Art, daß der ausfallende Erbtheil den Miterben nach Verhältniß ihrer Erbtheile, diese mögen vom Testator bestimmt oder nach den gesetzlichen Auslegungsregeln zu bestimmen sein,[1]) zufällt, und daß hiervon nur dann eine Ausnahme stattfindet, wenn der Testator das Anwachsungsrecht durch Substitution (also zu Gunsten eines für diesen Fall berufenen Erben) oder durch ausdrückliches Verbot (zu Gunsten der Intestaterben) ausgeschlossen hat.[2])

Neuere Gesetzgebungen dagegen haben, in Anerkennung des Prinzipes, daß hier überall der Wille des Testators entscheide, dem Anwachsungsrechte noch weit engere Schranken gezogen.

Am weitesten geht hierin das privatrechtliche Gesetzbuch für den K. Zürich, welches den Eintritt des Anwachsungsrechtes nur als einen Ausnahmefall behandelt und darüber das richterliche Ermessen entscheiden läßt:

§ 2085. „Soweit der Einsetzung eines Erben im Testament keine Folge gegeben wird, sei es weil der Testamentserbe vor dem Erblasser stirbt, oder weil er die Erbschaft ausschlägt, tritt die gesetzliche

---

[1]) Dies ist der Sinn der Worte im § 282 „vermöge des Testamentes, oder vermöge der Gesetze," wie die Hinweisung auf die §§ 261 f. ergibt.

[2]) Auf diesen einfachen Grundsatz beschränken sich auch die älteren deutschen Partikularrechte.

Erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 3 § 12. „Trüge sich dann zu daß derselben (der eingesetzten Erben) einer vor dem Testatorn mit Todt abgieng, und desselben Todfall nicht erlebte: So fällt alsdann desselben Theil auff die andern eingesetzte seine MitErben, welche des Testatoris Todt erlebt haben: Es were dann durch denselben eine andere und sondere Versehung, wie es damit gehalten solt werden, geschehen."

Erneuertes Gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemb. von 1610 Th. III Tit. 11 § 19. „Da auch einer oder mehr der eingesetzten Erben vor dem Testierer abstürben, und also den Fall nicht erlebten (wa der Testierer nicht sondere Versehung in seinem Testament gethan hette, wie es alsdann zu halten) soll der abgestorbnen Erben gebührende Thail und ErbGerechtigkeiten denn übrigen eingesetzten Erben, so den Fall erlebt (einem oder mehren) allwegen nach eines jeden Gebührnus zufallen, gehören und bleiben, und sich in jetzterzehlten beeden Puncten, die andern Verwannten, so sonst ab intestato (da kein Letzter Will vorhanden) Erben weren, solcher erledigten oder gefallnen Erbthailen nicht anmaßen." Uebereinstimmend damit das Revid. Land-Recht des Hertz. Preußen von 1685 (Verbess. Land-Recht des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 2 Art. 2 § 3. Kayf. Land-Ger.-Ordn. des Stiffts Würtzburg und Hertz. zu Francken Th. III Tit. 42 § 10.

Erbfolge ergänzend ein, *insofern nicht aus dem Testament auf eine andere Willensmeinung des Erblassers zu schließen ist.*“ [1])

Diese Vorschrift weicht von dem Oesterreichischen bürgerl. Gesetzbuche nur insofern ab, als letzteres bestimmte Auslegungsregeln darüber gibt, ob nach der Fassung der Erbeinsetzung das Anwachsungsrecht von dem Testator als gewollt oder als nicht gewollt anzunehmen ist.[2])

Den Bestimmungen desselben schließt sich im Wesentlichen das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen an;[3]) desgleichen der Großh. Hessische Entwurf.[4])

---

[1]) Bluntschli, Erläut. bemerkt dazu: Diese Bestimmung rechtfertigt sich aus dem Grundgedanken, daß die testamentarische Erbfolge in unserm Recht nur eine Ausnahme von der Regel der gesetzlichen Erbfolge ist. Wo die Ausnahme aufhört, tritt die Regel von selbst ein. Anders war das im röm. Recht, welches die Erbfolge aus Testament als Regel betrachtet und daher an die Stelle des ausfallenden Testamentserben die übrigen im Testamente bezeichneten Erben eintreten läßt.

Der Schlußsatz hieß in dem Entwurf: „Insofern nicht der Testator für diesen Fall etwas anderes im Testamente verordnet hat.“ Durch die veränderte Fassung wurde beabsichtigt, dem Richter die möglichste Freiheit in der Willensinterpretation zu sichern. Es ist denkbar, daß aus dem ganzen Zusammenhang des Testamentes auf einen andern Willen geschlossen werden könne, wenngleich keine ausdrückliche Bestimmung darüber in das Testament aufgenommen worden ist.

[2]) Dasselbe bestimmt nämlich:

§ 560. Wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden, und es kann, oder will einer der Erben von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen; so wächst der erledigte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

§ 561. Sind ein oder mehrere Erben mit, ein anderer oder mehrere ohne Bestimmung des Erbtheiles eingesetzt; so wächst der erledigte Theil nur dem einzelnen, oder den mehreren noch übrigen, unbestimmt eingesetzten Erben zu.

§ 562. Einem bestimmt eingesetzten Erben gebührt in keinem Falle das Zuwachsrecht. Wenn also kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist; so fällt ein erledigter Erbtheil nicht einem noch übrigen, für einen bestimmten Theil eingesetzten, sondern dem gesetzlichen Erben zu.

Vergl. Unger, das österr. Erbr. § 38.

[3]) Dieses schreibt vor:

§ 2269. Sind zu der ganzen Erbschaft oder zu einem ideellen Theile derselben Mehrere ohne Angabe, wie viel ein Jeder erhalten soll, als Erben eingesetzt und fallen einer oder einige weg, so wächst den Uebrigen,

151. Fassen wir nun die einzelnen Fälle ins Auge, in denen nach den Grundsätzen unseres Landrechts das Anwachsungsrecht

welche die Erbschaft antreten, Dasjenige zu, was die Wegfallenden bekommen haben würden. Dieß gilt auch, wenn ein Erbe wegen Nichteintrittes der seiner Ernennung beigefügten aufschiebenden Bedingung wegfällt.

§ 2271. Sind von den zur ganzen Erbschaft berufenen mehreren Erben einige allein auf ideelle Theile oder auf einzelne Sachen, Rechte oder Summen, andere in der im § 2269 angegebenen Weise eingesetzt, so steht nur den letzteren unter einander ein Anwachsungsrecht zu.

§ 2272. Den allein auf ideelle Theile oder auf einzelne Sachen, Rechte oder Summen eingesetzten Erben kommt im Verhältniß zu einander ein Anwachsungsrecht nicht zu, selbst wenn keine anderen Erben vorhanden sind.

Vergl. Siebenhaar, Com. III S. 298 f.

*) Derselbe verordnet Abth. III Art. 134. „Wenn mehrere Erben, ohne Bestimmung ihrer Erbtheile oder unter dem allgemeinen Ausdrucke: zu gleichen Theilen, eingesetzt sind und einer derselben das ihm Zugedachte nicht annehmen kann oder will, so wächst der erledigte Erbtheil denjenigen an, deren Erbtheile der Erblasser unbestimmt gelassen hat. Diese Vorschriften leiden Anwendung ohne Unterschied, ob die Einsetzung der mehreren Erben in einem und demselben oder in verschiedenen letzten Willen geschehen ist. — Ein auf einen bestimmten Erbtheil eingesetzter Erbe hat auf Anwachsung keinen Anspruch."

Die beigefügten Motive sind um so beachtenswerther, als sie auch für das Oesterreichische und Sächsische Recht zutreffend sind. Es wird darin gesagt: „Unser Artikel handelt nur von dem Anwachsungsrechte unter eingesetzten Erben. Dieses Recht kann nur in Folge einer besonderen Willenserklärung des Erblassers eintreten, da der durch den Ausfall eines eingesetzten Erben vacant gewordene Erbtheil an die gesetzlichen Erben fällt, wenn nicht der Erblasser hierüber ein Anderes angeordnet hat. Es fragt sich, wann, abgesehen von der Erbstellvertretung, eine solche, die gesetzlichen Erben ausschließende Anordnung des Erblassers in seiner Willenserklärung gefunden werden könne? Sie liegt nicht in der Berufung mehrerer Erben, wenn die Erbtheile aller Berufenen von dem Testator bestimmt worden sind, weil hier dieser sehr deutlich erklärt hat, daß jeder der Berufenen nicht mehr als das ihm Zugemessene erhalten solle. Sie kann nur angenommen werden bei den Erben, deren Erbtheile der Erblasser dadurch, daß er ihre Größe unbestimmt ließ, in keine bestimmte Grenze eingeschlossen hat. Solche Erben müssen Alles erhalten, was nicht anderen von dem Testator bedachten Personen zufällt, also auch Dasjenige, was anderen Personen zwar zugedacht war, aber von diesen nicht erworben werden kann, oder ausgeschlagen wird.

Eine Erbeseinsetzung ohne Bestimmung der Erbtheile ist auch dann anzunehmen, wenn der Erblasser verfügt hat, daß die mehreren Beru-

eintritt, ſo werden wir am Beſten zum Verſtändniß ſeiner Vorſchriften gelangen. [1])

a. Einen einfachen Fall ſtellt Suarez auf: [2])

„Ich ſetze Cajum, Titium, Mevium und Sempronium zum Erben ein und beſtimme, daß Cajus $^1/_3$, Titius und Sempronius zuſammen $^1/_3$ und Mevius das übrige $^1/_3$ haben ſolle. Deficit Mevius, ſo erhalten von ſeinem $^1/_3$ Cajus die eine Hälfte, ſo wie Titius und Sempronius zuſammen die andere Hälfte. Deficit Sempronius, ſo erhält von ſeinem $^1/_6$ Cajus und Mevius jeder noch ein Mal ſo viel als Titius.

Dieſes Principium ſcheint mir billig und ich würde ſolches beibehalten."

b. Ein Fall ähnlicher Art iſt: „Es ſetzt Jemand mehrere Erben zu beſtimmten Theilen ein und auf den Ueberreſt den X und Y." Wenn X wegfällt, ſo accreſcirt ſein Erbtheil keineswegs ausſchließlich dem Y, ſondern ſämmtlichen Miterben nach Verhältniß ihrer Erbtheile. [3])

c. Ein Teſtator beſtimmt: „Ich ſetze meine Kinder A B C zu Erben ein; doch ſoll C nur den Pflichttheil erhalten." Was gilt in Betreff des Anwachſungsrechts, wenn A wegfällt?

C iſt, da ihm nicht eine beſtimmte Summe oder Sache als Pflichttheil zugewieſen worden, wirklicher Erbe auf Höhe der Pflichttheils-

---

ſenen gleich oder zu gleichen Theilen erben ſollen. Denn der Erblaſſer ſpricht durch einen ſolchen Beiſatz nichts aus, was nicht ſchon in der einfachen Berufung Mehrerer zu einem und demſelben Gegenſtande enthalten wäre. Er weiſt nicht jedem der Berufenen einen beſtimmten Theil zu, nicht z. B., wenn er drei Erben eingeſetzt hat, jedem dieſer Drei den dritten Theil der Erbſchaft, ſondern er läßt es bei dem, was ſchon an ſich die Wirkung der Anwachſung ſeyn würde. Die, welche Erben werden, theilen in jedem Falle gleich; fällt der Eine der drei Berufenen aus, ſo bekommt ein Jeder der beiden anderen die Hälfte der Erbſchaft."

[1]) Wir ſehen hierbei vorläufig von der Beſtimmung des § 284 d. T. ab.

[2]) Geſetz-Reviſion, Penſum XVI S. 153.

[3]) Vergl. Korte a. a. O. S. 497. Dies gilt auch nach röm. Recht. Ulp. l. 17 § 1 D. de her. inst. (28, 5): Unde idem (Sabinus) tractat: si duos ex nndecim, duos sine parte scripsit, mox nnus ex his, qni sine parte scripti fuerunt, repndiaverit, utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat Sabinus. Sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto; nam quantum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui sine parte institnuntur, quod et Celsus libro XVI Dig. probat. Vergl. v. Bangerow, Pand. II § 469 Anm. 2.

quote. In dieser Hinsicht würde daher seiner Theilnahme an dem Anwachsungsrechte nichts entgegenstehen. Wohl aber spricht ein anderer Grund gegen ihn — der muthmaßliche Wille des Testators. Indem ihn dieser auf den Pflichttheil beschränkte, hat er deutlich zu erkennen gegeben, daß derselbe aus seinem Nachlasse eben nur den Pflichttheil, also nicht mehr, erhalten solle. C tritt hiernach gar nicht in eine, seinen Erbtheil beschränkende Collision mit A und B. Eben deshalb kann er aus dem Wegfallen des einen oder andern seiner Miterben keinen Vortheil erlangen.[1])

d. Das Anwachsungsrecht kann auch in Verbindung mit der vom Testator angeordneten Substitution eintreten.

Jemand testirt: „A soll mein Erbe sein zu $^1/_2$, B zu $^1/_4$, C zu $^1/_8$, D zu $^1/_8$. Dem A sollen B und C substituirt sein." — Wie ist die Erbschaft zu theilen, wenn A und B wegfallen?

C ist dadurch alleiniger Substitut des A geworden und theilt vermöge des Anwachsungsrechts den ausfallenden Erbtheil des B gleichmäßig mit seinem Miterben D. Es ist daher an der Erbschaft C zu $^6/_8$ und D zu $^2/_8$ betheiligt.[2])

e. Von mehreren Erben ist der Eine unter einer aufschiebenden Bedingung zur Erbschaft gerufen. Vor dem Eintritte derselben fällt ein unbedingt eingesetzter Miterbe weg. — Auch der bedingt eingesetzte Erbe nimmt an dem Anwachsungsrechte Theil, aber nur in der Art, daß sich dadurch sein Erbtheil für den Fall der Erfüllung der Bedingung verhältnißmäßig vergrößert. Er erlangt daher den Vortheil immer erst, wenn er wirklich Erbe wird.

---

[1]) Dies wird auch nach gemeinem Recht angenommen.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik II Abth. 1 S. 729: Es liegt in der Natur des Accrescenzrechts, daß es nur solchen Erben zukommen kann, deren Erbrecht nicht von den Gesetzen auf ein maximum beschränkt ist, wie die arme Wittwe und die Concubinenkinder. Es muß daher auch dem Pflichttheilserben versagt werden. Die Portion des von mehreren auf den Pflichttheil eingesetzten Erben Wegfallenden accrescirt immer den Haupterben.

Glück VII S. 68.

[2]) Fiele A allein weg, so würde sein Erbtheil dem B und C nach gleichen Antheilen zukommen, da diese durch die ohne nähere Bestimmung erfolgte Substitution ganz gleiche Rechte erlangt haben.

§ 283. «Erben, die nur als Legatarii betrachtet werden müssen, haben an dergleichen Zuwachse keinen Antheil (§§ 256. 257. 258. 262. 263).»[1])

§ 284. «Sachen und Rechte, welche mehreren Erben zusammen auf ihre Erbportionen ungetheilt angewiesen worden, fallen, beim Abgange des einen dieser Mitgenossen, nur den anderen, mit Ausschließung der übrigen Erben anheim.»

152. Der § 284 hat durch seine, eben nicht gelungene Fassung[2]) viel Streit unter unsern Rechtslehrern über seine Auslegung veranlaßt.[3]) — Darüber läßt uns die Vorschrift nicht im Zweifel, daß sie, im Gegensatze des § 283, von wirklichen Erben, also nicht von bloßen Legatarien, handelt. Andererseits ist aber nach ihrer Fassung ebenso gewiß, daß sie von dem Falle gar nicht redet, wenn der Testator mehreren Erben dieselbe Erbportion (Erbquote) ungetheilt zugewiesen hat;[4]) z. B. A, B, C sollen die Hälfte, D 1/4, E 1/4 meines Nachlasses erben.[5]) Die Voraussetzung des § 284 ist eine ganz andere — nämlich eine Erbeinsetzung Mehrerer, verbunden mit einer Erbtheilungsanordnung, vermöge deren einigen Erben bestimmte Nachlaßstücke ungetheilt auf ihre Erbportionen angewiesen werden.[6]) Durch diese Aus-

[1]) Cod. Fabrian. Lib. VI tit. III def. 1: — jus accrescendi simile est alluvioni, hactenus nempe, ut deficiens portio non personae accrescat, sed portioni. Inde fit, ut inter heredem et legatarium non possit locus esse juri accrescendi, quoniam diverso jure succedunt, ille in hereditate, hic in legato. Nec aliud erit, si cui pars hereditatis legata proponatur. Non tam enim hereditas, quam hereditarii juris ratio inducit jus accrescendi. Proinde si ex contrario unus ex asse, aut ex assis parte qualibet institutus, alius ex fundo Corneliano heres scriptus sit, non habebit hic jus accrescendi, ut repudiante herede possit heres fieri ex asse, cum legatarii loco habeatur . . .

[2]) Im gedruckten Entwurf lautete die entsprechende Vorschrift (§ 179 Tit. 9 Th. II) dahin: „Sachen und Rechte, welche mehreren Personen zu ihrer Erbportion ungetheilt beschieden worden, fallen beim Abgange des einen Mitgenossen nur dem andern, mit Ausschließung der übrigen Erben, anheim."

[3]) Eine ausführliche Erörterung dieser Streitfragen gibt Bornemann a. a. O. S. 72 f. S. auch v. Rönne, Ergänz. und Erläut. der Preuß. Rechtsbücher zu § 284 d. T.

[4]) Korte, a. a. O. S. 496 f.

[5]) Nach Oesterreichischem und Sächsischem Rechte würde allerdings ein ausschließliches Anwachsungsrecht unter A, B und C bestehen.

[6]) Bornemann a. a. O. S. 75 f.

sonderung einzelner Gegenstände aus dem ganzen Nachlasse und deren gemeinschaftliche Zuweisung an einige Erben ist unter Letzteren eine nähere Verbindung — eine Rechtsgemeinschaft — und damit auch ein engerer Kreis für das Anwachsungsrecht geschaffen. — Dagegen dürfen wir nicht soweit gehen, den im § 284 vorgesehenen Fall für den einzigen zu erklären, in welchem nach unserem Landrecht ein ausschließliches Anwachsungsrecht unter einigen Erben vermöge ihrer Verbindung vorkommen kann. Es ist immer festzuhalten, daß über den Eintritt des Anwachsungsrechtes vor Allem der Wille des Erblassers entscheidend ist. Läßt sich also dieser aus der von ihm gewählten Fassung der Erbeinsetzung erkennen, oder aus den obwaltenden Umständen vermuthen, so ist auch nach unserem Recht dieser Wille allein maßgebend. Es ist dies derselbe Gesichtspunkt, auf den oben S. 530 in Beziehung auf die Frage hingewiesen ist: ob mehrere Personen zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile berufen sind. Wenn also Jemand seinen Sohn zur Hälfte und die beiden Kinder seines vorverstorbenen Sohnes zur andern Hälfte als Erben einsetzt, so ist anzunehmen, daß der Testator die successio in stirpes auch in Betreff des Anwachsungsrechtes habe beachtet wissen wollen, so daß bei dem Wegfallen des einen Enkels dem andern der dem ganzen Stamme zugewiesene Erbtheil verbleibt.[1])

---

§ 286. «Derjenige, dem die Gesetze einen solchen Zuwachs anweisen, kann denselben, wenn er seinen eigenen Erbtheil behalten will, nicht ablehnen.»

153. Dieser römisch-rechtliche Grundsatz[2]) ist nach unserem Rechte

---

[1]) Korte a. a. O. S. 505, 506. Vergl. Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 156 und Bornemann a. a. O. S 78 f.

[2]) l. un. § 10 C. de cad. toll. (6, 51): . . . hoc quod fuerit quoquo modo evacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte—acquiratur, et hoc nolentibus ipso jure accrescat, si suas portiones jam agnoverint: cum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere . . .

Gaj. l. 53 § 1 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt.

cf. l. 59 § 7 D. de her. inst. (28, 5) l. 2 § 8 D. de b. p. sec. tab. (37, 11). Huschke im Rhein. Mus. VI S. 281. Köppen in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik V S. 171 f.

eine nothwendige Folge davon, daß der gedachte Zuwachs eine bloße auf dem Willen des Erblaſſers beruhende Erweiterung des einem Erben, in Konkurrenz mit anderen, beſchiedenen Erbtheils iſt, durch deren Hinzutritt ſich erſt der Umfang der nach der eventuellen Abſicht des Teſtators dem einzelnen Erben wirklich zu Theil gewordenen teſtamentariſchen Zuwendung beſtimmt.[1]) So wenig daher der berufene Erbe den ihm zugedachten Erbtheil nur theilweiſe annehmen darf,[2]) ſo wenig iſt ihm, ſobald er Erbe geworden, die Ablehnung des anwachſenden Erbtheils geſtattet.

Erkenntniß des Appell.-Gerichts zu Hamm vom 10. November 1855 (in Sachen Kruskopf wider Vorwerk H. 756): Sind die Vorausſetzungen des Anwachſungsrechts gegeben, ſo kann nicht von einer neuen Delation die Rede ſein, ſondern nur von den Wirkungen jenes ſich von ſelbſt vollziehenden Rechts. Das Anwachſungsrecht tritt ſeiner Natur nach ipso jure ein, demſelben kann nicht entſagt werden. Der § 286 Tit. 12 Th. I A. L. R. ſcheint zwar eine bedingte Ablehnung zu geſtatten. In dieſer Beſtimmung iſt jedoch vorausgeſetzt, daß die Ueberlegungsfriſt auch für die Erklärung über die Annahme des urſprünglich angefallenen Erbantheils noch nicht abgelaufen, daß alſo dem Berufenen noch die Wahl gegeben iſt, ob er überhaupt Erbe ſein wolle oder nicht. Entſchlägt er ſich des ihm urſprünglich angefallenen Erbantheils, ſo liegt darin von ſelbſt auch die Ablehnung des ſpäteren Zuwachſes deſſelben. Iſt er aber Erbe geworden, ſo iſt auch der bei dem Wegfallen eines Miterben mit Rechtsnothwendigkeit eintretende Zuwachs ſeines Erbtheiles unabweislich.[3])

---

[1]) Unger, das öſterreich. Erbr. § 38 Note 4: Die unabweisbare Nothwendigkeit der Anwachſung beruht auf der Berufung ſämmtlicher Erben zu der ganzen Erbſchaft reſp. zu demſelben ganzen Erbtheile, ſo daß die Portionen der Einzelnen nicht von vornherein (ab initio) gegeben ſind, ſondern erſt hinterher durch das wirkliche Zuſammentreffen mit Andern entſtehen...

Da die Anwachſung eine Vergrößerung des urſprünglichen Erbtheils von innen heraus, oder vielmehr nur eine Nichtſchmälerung deſſelben bewirkt, und der zugewachſene Theil einen natürlichen Anhang des bereits Erworbenen bildet, ſo ergibt ſich daraus von ſelbſt, daß in Anſehung des zuwachſenden Theils keine neue Delation ſtattfindet und es daher zum Erwerb derſelben keiner beſonderen Antretung bedarf...

[2]) S. oben S. 98 f.

[3]) Die gegen dieſe Entſcheidung erhobene Nichtigkeitsbeſchwerde iſt durch das Urtheil unſeres Ob.-Trib. vom 20. Januar 1857 aus folgenden Gründen verworfen worden:

Der vom Imploranten als verletzt bezeichnete Satz:

daß der durch Accreſcenzrecht angefallenen weiteren Erbſchaftsquote auch nach Erwerb der urſprünglich deferirten gültig entſagt werden kann und die Friſt hierfür von dem Tage an zu rechnen iſt, an welchem der Erbe von dem Eintritte des Accreſcenzfalles Kenntniß erhalten hat,

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2274. „Der durch Anwachsungsrecht zufallende Erbtheil braucht nicht durch eine besondere Antretung erworben zu werden, kann aber auch nicht ausgeschlagen werden.“ [1])

---

§ 287. «Er darf aber denjenigen, welchen aus solchem Zuwachse Vermächtnisse beschieden sind, nicht weiter gerecht werden, als der angefallene Erbtheil selbst hinreicht.»

154. Wie bei der Substitution der eventuell berufene Erbe mit dem Eintritte des Substitutionsfalles nebst allen Rechten auch alle Pflichten des zuerst Berufenen überkommt,[2]) so muß dasselbe auch bei der Anwachsung eines erledigten Erbtheils gelten, da diese nach unserem Recht, als auf dem Willen des Testators beruhend, als eine Art stillschweigender Substitution aufzufassen ist.[3]) So bestimmt auch das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch:

§ 563. „Wer den erledigten Erbtheil erhält, übernimmt auch die damit

---

folgt aus den dafür geltend gemachten § 408 Tit. 9 und § 286 Tit. 12 Th. I A. L. R. nicht. Der § 408 beruht auf der Voraussetzung der Repudiation Seitens des allein berufenen Erben. Ein allgemeiner Grundsatz läßt sich daraus nicht ableiten. Daraus ergibt sich, wie der Appellationsrichter mit Recht ausführt, daß es dem Erben, so lange ihm die gesetzliche Frist zur Entsagung überhaupt noch läuft, freisteht, seiner Erbquote und der angewachsenen Quote zu entsagen, daß aber, wenn diese Frist verstrichen, die Annahme der angewachsenen Quote eine rechtliche Nothwendigkeit geworden ist. In dieser Voraussetzung erscheint der Satz, daß dem Anwachsungsrechte nicht entsagt werden kann, als ein preußisch-rechtlicher.

[1]) So wird auch in den Motiven des Großh. Hessischen Gesetzentw. Abth. III S. 144 gesagt: Die Regel ist, daß ein Miterbe, dem der Erbtheil eines anderen Erben durch Anwachsung zufällt, diesen letztern Erbtheil allein nicht ausschlagen kann. Der Grund liegt bei der gesetzlichen Erbfolge in der successio ordinum, bei der testamentarischen in dem Willen des Erblassers, welcher jeden der bloß durch ihre Concurrenz sich beschränkenden Miterben zu dem Ganzen berufen hat, und endlich in der Vorschrift des Art. 233. („Eine Erbschaft kann — nur in dem Maße, wie sie angefallen ist, angenommen werden. Der Erbe kann die Annahme — nicht auf einen Theil der ihm angefallenen Erbschaft einschränken.“)

[2]) § 458 d. T.

[3]) Der fragliche Satz hat daher nach neuerem Recht eine größere Berechtigung als nach römischem, das ihn ebenfalls anerkennt.

l. un. § 10 C. de cad. toll. (6, 51): — cum suo onere — s. oben S. 551 Note 2.

Paul. l. 49 § 4 D. de leg. 2: Si testator dari quid jussisset, aut opus

verknüpften Lasten, insofern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind." [1])

desgleichen das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 2275. „Der Erbe, welchem ein Erbtheil anwächst, ist zur Erfüllung der von dem Erblasser darauf gelegten Lasten verpflichtet, ausgenommen wenn diese sich blos auf die Person des Wegfallenden beziehen."

Unser Landrecht hat jedoch im § 287 in Ansehung der Vermächtnisse [2]) aus Billigkeitsrücksichten eine Modifikation jenes Grund-

---

fieri, aut munus dari, pro portione sua eos praestare, quibus pars hereditatis accresceret, aeque atque cetera legata placet. Ulp. l. 61 § 1 eod: ... Sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab intestato relicta a substitutis debentur, et hic — nämlich Derjenige, dessen mit einem Fideicommiß belasteter Miterbe die Erbschaft ausgeschlagen hatte — quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem.

Donell., com. de jure civ. Lib. VII cap. 12 § 31: Postremo quaeritur, utrum portiones deficientium sine onere accrescant, an cum onere. Dicimus, cum suo onere tum aeris alieni, tum legatorum et fideicommissorum, quae a deficientibus relicta erant, ut expressum est in l. un. § 10 C. de cad. toll. Ex quo rursum intelligitur, quam vere dixerimus, jus accrescendi, quod partem hereditatis jam quaesitam sequitur, non solum ejus partis commodum, sed etiam incommodum continere. Commodum in bonis et rebus ipsis, quae accedunt, incommodum in onere his ipsis bonis adjuncto; quod et ipsum illi parti conjungitur.

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Stuttgart: Der Miterbe, welchem eine offen gewordene Erbportion anwächst, hat auch, sofern nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers erhellt, alle darauf gelegten Lasten, namentlich die eines Universalfideicommisses zu übernehmen. (Seuffert, Archiv I Nr. 266.)

[1]) Unger, das österr. Erbr. § 38 Note 4 bemerkt dazu: Die Verpflichtung zur Uebernahme der auf dem zuwachsenden Theil liegenden Lasten erklärt sich aus der Annahme, es sei dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß, daß der Mitberufene den frei gewordenen Erbtheil nicht unter günstigeren Bedingungen behalten solle, als ihn der ausfallende Miterbe erhalten hätte.

[2]) Rücksichtlich der Nachlaßschulden gilt diese Ausnahmevorschrift bei der ohne Vorbehalt erfolgten Erbschaftsantretung nicht. Hierüber spricht sich das oben zu Nr. 153 angeführte Erkenntniß des A.-G. zu Hamm vom 10. November 1855 dahin aus: Die Frage, ob auch hinsichtlich des angewachsenen Theiles eine Verhaftung aus eigenem Vermögen für die Nachlaßschulden gesetzlich gegründet sei, muß bejahend beantwortet werden, einmal weil der § 287 Tit. 12 aus der ausdrücklichen Beschränkung auf das den Legatarien gegenüber bestehende Verhältniß entnehmen läßt, daß die Rechte der Nachlaßgläubiger dadurch nicht berührt werden sollen, zum Andern auch nach den Materialien (vergl. Suarez, amtliche Vorträge S. 80) eine Abänderung der hier unstreitigen Bestimmungen des röm. Rechts über die Wirkungen des Accrescenzrechts nicht beabsichtigt ist.

satzes angeordnet, die dem von ihm angenommenen Satze des Justinianischen Rechts widerstreitet, daß der Erbe ohne Vorbehalt auch den Legatarien ohne Rücksicht auf den Betrag der Erbschaftsmasse haftet.[1]) Eine ähnliche Bestimmung — nur in anderer Form — findet sich in dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Großh. Hessen, welcher Abth. III Art. 236 vorschreibt:

„Der Erbe, welchem der belastete Erbtheil eines Miterben durch Anwachsung anfällt, kann diesen Erbtheil, so lange er ihn noch nicht angenommen hat, denen überlassen, zu deren Vortheil derselbe belastet ist." [2])

B. in Ansehung der Vermächtnisse überhaupt.

§ 288. «Das Eigenthum der in einem Testamente Jemandem zum Legate ausgesetzten Sachen und Rechte geht, in der Regel, mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatarium über (§ 377 ff.).»

155. Diese Vorschrift, die natürlich eigene Sachen des Testators

---

[1]) „Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" II S. 52 ff.

[2]) Motive: Der Art. 236 macht eine Ausnahme von der Regel und gründet sich auf die praesumta voluntas testatoris. Der Erblasser, welcher z. B. zwei Personen unbestimmt zu Erben einsetzt, unterstellt, daß Beide auch zur Erbschaft gelangen werden. Indem er den Einen mit Vermächtnissen beschwert, den Anderen nicht, hat er die Absicht, diesen vor jenem zu begünstigen. Er will, daß der nicht belastete Erbe das, was ihm von der Erbschaft zufällt, vollständig bekommen und unbelastet behalten solle. Diesem Willen würde man offenbar entgegen handeln, wenn man den begünstigten Erben nöthigte, entweder die accrescirende Erbportion mit den darauf ruhenden Lasten unbedingt anzunehmen, oder auch auf seinen Erbtheil zu verzichten. Der testatorische Wille kann nur dadurch erfüllt werden, daß auf der einen Seite der Erbtheil dessen, welchem accrescirt, nicht beschwert, auf der anderen aber doch der accrescirende Erbtheil dem besonderen Willen des Erblassers gemäß zur Ausführung der Legate verwendet wird. Beides ist zu erreichen, ohne gegen irgend ein Princip zu verstoßen. Dem Erben darf nicht das Recht eingeräumt werden, den anwachsenden Erbtheil auszuschlagen und hierdurch den Anfall desselben an einen nicht zur Erbfolge Berufenen zu bewirken, er muß vielmehr Erbe bleiben, wie er es geworden ist, allein er braucht zur Vollziehung des letzten Willens nur das zu verwenden, was der Erblasser dazu bestimmt hat, nämlich nur den accrescirenden Erbtheil. Doch kann er dieses Recht nur so lange haben, als er das, was ihm anwächst; noch nicht angenommen hat, weil er durch die Annahme sich bereit erklärt, auch alle Lasten ohne Rücksicht auf die Größe des Activums, welches er erhalten hat, zu übernehmen.

als Vermächtnißgegenstand voraussetzt, entspricht ihrer klaren Fassung nach den Grundsätzen des römischen Rechts über den ipso jure, ohne die vermittelnde Thätigkeit des Erben, ja selbst ohne Wissen des Legatars, sich vollziehenden Vermächtnißerwerb, der jedoch durch Ausschlagung des Legats wieder rückgängig gemacht wird.[1])

Die Mehrzahl unserer Rechtslehrer will jedoch den § 288 nicht nach seiner Wortfassung, die sie für „unbrauchbar" erklären, sondern dahin verstanden wissen, daß der Legatar mit dem Tode des Erblassers nur das Recht auf das Vermächtniß, nicht aber den Vermächtnißgegenstand unmittelbar erwirbt.[2])

---

[1]) Papin. l. 80 D. de leg. 2: Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. Quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis. Julian. l. 86 § 2 D. de leg. 1: ... si legatarius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis ejus intelligetur. Neratius l. 64 i. f. D. de furt. (47, 2): ... ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt. Papin. l. 77 § 3 D. de leg. 2: ... ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur.

Vergl. Donell. com. de jure civ. Lib. VIII cap. 18 §§ 1—5. § 16—18. Arndts in Weiske's Rechtslex. VI S. 305, 324 f. Lassalle, das Wesen des Röm. und Germ. Erbr. (Leipz. 1861) § XV. Das Vindicationslegat. S. 174 f. Brinz, Lehrb. der Pand. § 221. Fitting: Wie werden vermachte eigene Sachen des Erblassers von Seiten des Vermächtnißnehmers erworben? (im Archiv für die civ. Praxis B. 42 S. 147 f.) Köppen: Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses (in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern für Dogm. V S. 125). Freiherr v. Crailsheim: Zur Lehre vom Erwerb der Vermächtnisse (im Archiv für die civil. Praxis, B. 47 S. 368—406). Vergl. auch Unger, Erbrecht § 62 Note 2. Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren S. 351 bemerkt: Der Erwerb eines Vermächtnißnehmers ist nur resolutiv bedingt durch dessen Willen, indem derselbe durch repudiatio den Erwerb rückwärts ausschließen kann. Dieser Fall läßt den Dispositivwillen des Konstituenten (Testators) in eminenterer Kraft erscheinen, insofern unmittelbar an seinen Willen sich die Rechtswirkung (Erwerb) für den Andern (Honorirten) verknüpft und dessen positive Mitwirkung gar nicht erfordert wird.

[2]) So sagt Baron, Abhandlungen aus dem Preußischen Recht (Berlin, 1860) S. 97, 98: „Jene Vorschrift (§ 288) ist, wie Bornemann, Koch und die Gesetzesrevisoren übereinstimmend anerkennen, in ihrer Fassung nicht brauchbar: sonst müßte eine dem Testator nicht gehörige legirte Sache dem Vermächtnißnehmer mit dem Todestage des Erblassers zufallen; ihr practisch brauchbarer Sinn ist, daß der Legatar das Recht auf das Vermächtniß (nicht also den Gegenstand des Vermächtnisses) mit dem Todestag des

Mit Recht tritt aber der Prof. P. Hinschius (in der Preußischen Anwalts-Zeitung 1862 S. 2 f.) dieser mit dem Wortverstande nicht in Einklang zu bringenden Auslegung des § 288 entgegen, indem er über die Stellung des Legatars im Allgemeinen ausführt:

> Nach dem § 288 scheint ein direkter Uebergang des dem Testator an dem legirten Gegenstande zustehenden Rechts auf den Legatar, also eine unmittelbare Singular-Succession unzweifelhaft zu sein. Gleichwohl hat sich schon früh eine entgegengesetzte Theorie geltend gemacht . . . Es ist jedoch daran festzuhalten, daß die das Legat anordnende Willenserklärung nicht allein den Titel für den Erwerb des dem Legatar zu gewährenden Rechts bildet, sondern daß das Recht des Testators ohne Konkurrenz des Erben unmittelbar auf den Honorirten übergeht. Der Wortlaut des § 288 spricht offenbar dafür. Nicht entgegen stehen die §§ 294. 311. 312 d. T. . . . Positiv spricht aber für den unmittelbaren Uebergang des Eigenthums oder des sonstigen legirten Rechts — abgesehen davon, daß eine Modifikation des gemeinen Rechts in diesem Punkte schwerlich anzunehmen ist — der Umstand, daß alle aus dem oben erwähnten Grundsatze herzuleitenden Konsequenzen nicht nur mit den weiteren Bestimmungen des Landrechts im Einklange stehen, sondern daß letztere sich nur aus dem hier angenommenen Princip erklären lassen. Vergl. §§ 301. 305. 307. 310. Alle diese Bestimmungen sind einfache und natürliche Konsequenzen des dem Legatar zustehenden Eigenthums. Auch die § 313. 314 lassen sich mit der entgegengesetzten Ansicht nicht vereinigen . . .[1])

Erblassers ohne Erklärung erwirbt; und es deshalb auf seine Erben transmittirt; daß ferner der Erbe dem Legatar alle Rechte des Eigenthümers vom Todestage des Erblassers gewähren muß (vgl. z. B. § 302 I. 12). Ueber die Erwerbungsart des Gegenstandes des Vermächtnisses trifft hiernach der § 288 keine Bestimmung; wir werden hierfür auf Grund des § 2 I. 10 bei körperlichen Sachen die Tradition erfordern. Nur bei denjenigen Sachen, die dem Testator eigenthümlich gehören, ist eine acquisitio lege, nicht aber wegen des § 288, sondern auf Grund des § 314 I. 12 zu behaupten." Vergl. Bornemann, Syst. Darst. VI S. 80. Löher, Syst. des Preuß. Landr. S. 109, 116. Koch, Kom. Anmerk. zu § 288 d. T. — Auch das Ob.-Trib. hat sich in dem Erkenntnisse vom 30. Mai 1856 für die Ansicht ausgesprochen: Die Bestimmung des § 288 d. T. ist nicht wörtlich zu verstehen, vielmehr ist zur Erlangung des vollständigen Eigenthums der legirten Sache die Uebergabe derselben an den Legatar seitens der Erben erforderlich. (Striethorst, Archiv B. 21 S. 240 f.)

[1]) Vergl. „Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" I S. 217: Der nach § 288 d. T. schon vermöge des Gesetzes eintretende Rechtsübergang ist, sofern es sich nicht um fremde oder nur ihrer Gattung nach bestimmte Sachen (genus, Quantität) handelt, so wenig durch eine Mitwirkung des Erben, als durch die eigene Willensthätigkeit des Berechtigten, die sich nur bei Ableh-

Es kommt dabei noch in Betracht, daß nach den Grundſätzen unſeres Landrechts der Legatar, dem Erben gegenüber, inſofern eine viel ſelbſtändigere Stellung einnimmt, als ſein Recht durchaus nicht, wie nach römiſchem Recht durch den Erbſchaftsantritt des berufenen Erben bedingt iſt,[1]) daß er daher auch in dieſer Hinſicht der Vermittelung des Erben nicht bedarf, vielmehr die durch das Vermächtniß angeordnete Singularſucceſſion unmittelbar mit dem Tode des Erblaſſers in Wirkſamkeit tritt.

Auch die älteren deutſchen Partikularrechte enthalten keine Abweichung von den Grundſätzen des römiſchen Rechts.[2]) Ganz entſchieden ſchließt ſich denſelben an

> das Baieriſche Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 11. „. . . wenn 2do das Vermächtniß in Re corporali, specifica et Leganti propria, das iſt, in einer körperlichen und dem Eigenthümer zugehörigen ſonderbaren Sache beſtehet, ſo erlangt er (der Legatarius) in Legato puro von Zeit des Todes, in conditionato aber von Zeit der erfüllten Condition alſofort ohne Tradition, auch ohne von dem Legate Wiſſenſchaft zu haben, ipso Jure das Dominium Rei Legatae, folglich auch gegen jeden Inhaber derſelben Rei Vindicationem —“[3])

---

nung (repudiatio) des Zugewendeten zu äußern hat, bedingt. Weder zur Erwerbung, noch zur Ausübung des ihm zugedachten Rechts bedarf der Legatar in irgend einer Weiſe der Vermittelung des Erben. Das den Gegenſtand des Vermächtniſſes bildende Recht geht unmittelbar, als ihm vom Erblaſſer ſelbſt übertragen, keineswegs erſt durch die Hand des Erben, auf den Legatar über. Er iſt nicht weniger wie der Erbe unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblaſſers. Vergl. auch die Abhandl. des Dr. E. T. Rubo ebendaſ. IX S. 517 f., 522 f.

[1]) Averan. Interpret. jur. Lib. II c. 16 nr. 21, 22: — Legatarius duo acquirit, obligationem legati, qua ipsi heres obstringitur, et dominium rei legatae. Neque haec duo acquirit eodem tempore. Obligatio acquiritur legatario, cum testator moritur: statim enim dies legati cedit. Dominium vero rei legatae transit ad legatarium a die aditae hereditatis. Ulp. l. 44 § 1 D. de leg. 1: — ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est . . . Gaj. l. 69 pr. eod.: Servo legato legari posse, receptum est: quod adita hereditate statim servus acquiritur legatario: deinde sequetur legatum. Julian. l. 87 § 2 eod.: — si non repulerit ex die aditae hereditatis ejus intelligetur.

[2]) Vergl. Hamb. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 2 Art. 8. Erneuerte Frankfurt. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 6 § 17. Erneuertes Gem. Land-R. des Hertzogth. Württemb. vom 1610 Th. III Tit. 24 § 5.

[3]) So beſtimmt auch das Project des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 2 § 41. „Der Effectus des Legati in Anſehung des Legatarii iſt, daß er dasjenige Recht, welches der Testator an dem legirten Ding gehabt, ipso

so wie von den neueren Gesetzgebungen

das Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2426. „Der Bedachte erwirbt das Vermächtniß mit dem Tode des Erblassers —“ [1])

§ 2427. „Schlägt der Bedachte das Vermächtniß aus, so gilt es als nicht angefallen.“

§ 2451. „Ist der Gegenstand des Vermächtnisses eine Sache, an welcher der Erblasser zur Zeit seines Todes das Eigenthum hat, oder ein Recht an einer Sache des Erblassers, oder ein dem Erblasser zuständiges Recht an einer fremden Sache, so erwirbt der Vermächtnißnehmer das Eigenthum der Sache . . . oder das Recht an der Sache sofort mit der Erwerbung des Vermächtnisses, soweit nicht zu dem Uebergange des Eigenthumes oder des Rechtes Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nöthig ist.“

das Badische Landrecht Art. 1014. „Jedes unbedingte Vermächtniß gibt dem Vermächtniß-Nehmer von dem Tage an, da der Erblasser gestorben ist, ein Eigenthum auf die vermachte Sache, das auf seine Erben oder Rechtsnachfolger übergeht —“ [2])

---

jure aquirire, wann er auch schon keine Wissenschaft von dem Legato erhalten hat. Wann also der Testator dem Legatario ein Ding legiret, worin der Testator das Eigenthum gehabt, acquiret der Legatarius ipso jure das Eigenthum . . .“

[1]) Siebenhaar, Com. III S. 352 bemerkt dazu: In der Lehre von dem Erwerbe der Vermächtnisse folgt das b. G.-B. der herrschenden gemeinrechtlichen Meinung, nach welcher der Erwerb der Vermächtnisse ohne Weiteres, oder ipso jure, ohne Vorwissen des Legatars, stattfindet, dem Letzteren jedoch unbenommen ist, das Legat auszuschlagen und den Erwerb desselben rückgängig zu machen. Zwar ist in der neuesten Zeit diese Meinung, über welche bereits in den Schulen der classischen röm. Juristen kein Einverständniß herrschte, wieder in Zweifel gezogen worden. Indessen mußte man doch Bedenken tragen, in dem b. G.-B. von der herrschenden Ansicht abzugehen, weil dieselbe erstens in unserem bisherigen Rechte recipirt war und zweitens mit der Auffassung der Erbfolge, welche dem b. G.-G. auch in anderer Beziehung zur Grundlage gedient hat, in vollkommener Harmonie steht . . .

[2]) Der Code Napoléon, dem jene Vorschrift entnommen ist, drückt sich allgemeiner aus: „Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause“ — ein Ausdruck, der auch das Gattungsvermächtniß begreift und daher bei dem Rückvermächtniß die Annahme des sofortigen Eigenthumsüberganges nicht ausschließt. Vergl. Brauer, Erläut. über den Code Nap. II S. 423 f. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV § 716. Die Französ. Jurisprudenz scheint jedoch anderer Ansicht zu sein, indem angenommen wird: Le légataire particulier n' a pas action contre le tiers détenteur de l'objet qui lui a été légué, avant d'avoir obtenu de l'heritier ou de la justice la délivrance de son legs. (Les Codes annotés de Sirey I Vol. art. 1014 nr. 16.)

Dagegen verordnen

das Oesterreichische bürgerl. Gesetzb. § 684. „Der Legatar erwirbt in der Regel (§ 699) gleich nach dem Tode des Erblassers für sich und seine Nachfolger ein Recht auf das Vermächtniß. Das Eigenthumsrecht auf die vermachte Sache aber kann nur nach den für die Erwerbung des Eigenthums in dem fünften Hauptstücke aufgestellten Vorschriften erlanget werden.“ [1])

das Privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2088. „Wenn der Begabte den Tod des Testators überlebt, so fällt ihm das Vermächtniß in der Weise an, daß er gegenüber den Erben desselben, gesetzlichen oder Testamentserben, eine Forderung auf Entrichtung des Vermächtnisses und Ueberlassung der vermachten Sache erwirbt.“ [2])

Diese Verschiedenheit der Ansichten über den Eigenthumserwerb des Legatars ist jedoch ganz ohne Einfluß auf die Frage nach der Vererblichkeit (Transmission) des Vermächtnißrechts. Nach der einen wie nach der anderen Auffassung geht dieses dem Legatar mit dem Todestage des Erblassers zugefallene Recht auf seine Erben über. [3])

---

[1]) Hiermit stimmt überein der Entw. eines bürg. Gesetzb. für das Großh. Hessen Abth. III Art. 286. „Der Bedachte erwirbt mit dem Tode des Erblassers ... ein Forderungsrecht auf Vollziehung des Vermächtnisses gegen denjenigen, welcher damit beschwert ist.“ — Art. 297. „Besteht der Gegenstand des Vermächtnisses in dem Eigenthume an einer Sache, oder in einer Dienstbarkeit, so erwirbt der Bedachte das ihm vermachte Recht erst von dem Augenblicke an, wo ihm dasselbe von dem Beschwerten, nach Maßgabe der Vorschriften der Art ... eingeräumt worden ist.“

[2]) Bluntschli, Erläut. bemerkt dazu: Das Eigenthum an der vermachten Sache geht keineswegs von Rechtswegen auf den Begabten über. Würde ein Grundstück vermacht, so bedarf es der kanzleiischen Fertigung. Würde eine bewegliche Sache vermacht, so ist die Uebergabe des Besitzes nöthig. Der Begabte erwirbt daher aus dem Vermächtniß nur eine Forderung auf Eigenthumsübertragung. Anders ist es, wenn der Nießbrauch an Sachen vermacht ist. In diesem Fall wird dem Begabten durch das Vermächtniß selbst ein dingliches Recht verschafft.

Vergl. Bluntschli, deutsches Privatrecht § 204 (3. Aufl.): Der im röm. Recht begründete Satz, daß auch durch Vermächtniß das Grundeigenthum von Rechtswegen auf den Honorirten übertragen werde, paßt nicht zu dem System der Grundbücher, welches wohl begreift, daß an die Stelle des verstorbenen Erblassers mit innerer Nothwendigkeit seine — in der Regel überdem bekannten — Erben treten, nicht aber, daß durch bloße Willenserklärung des Erblassers Grundeigenthum übertragen werden könne. Vielmehr erfordert die Consequenz dieser neueren Institution, daß dem Bedachten nur ein Rechtstitel auf kanzleiische Zufertigung des Grundeigenthums durch den Erben zugestanden werde. —

[3]) Ulp. l. 5 pr. D. quando dies leg. (36, 2): Si post diem legati cedentem

156. Die Vorschrift des § 288 bezieht sich, wie schon oben bemerkt, nur auf das Vermächtniß einer dem Testator gehörigen Sache. Sie findet daher keine Anwendung bei dem Vermächtnisse einer eigenen Sache des Erben (§ 374 d. T.). Hier kann nicht von einer unmittelbaren, mit dem Tode des Erblassers sich vollziehenden Singularsuccession, sondern nur von der, erst durch den Erbschaftsantritt (vermöge einer obligatio quasi ex contractu) ins Leben gerufenen Verpflichtung des Erben zur Uebertragung seines Eigenthums an den Legatar die Rede sein.[1])

157. Ist ein Vermächtniß mehreren Personen ohne Theilbestimmung beschieden, so erwerben sie dasselbe nach gleichen Antheilen. Es folgt dies — abgesehen von der Analogie, welche der § 261 bietet — aus der Vorschrift des § 370 d. T., so wie aus dem allgemeinen Grundsatze des § 2 Tit. 17 Th. I. A. L. R. Jener Satz ist auch allgemein Rechtens.[2])

---

legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. Id. l. 12 § 7 eod.: Si cui homo generaliter sit legatus, et, antequam vindicet, decesserit, ad heredem suum legatum transfert.

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 2 Art. 8. „Ferner werden alle Legata, so pure, ohne einige hinzugesetzte Bedingung, verordnet, alsobald nach des Testatoris Absterben, dem Legatario fällig, also, daß, wenn gleich darauf derselbe Legatarius, ehe und zuvor die Erbschaft angetreten, verstorben wäre, nichts destoweniger dasselbe Legatum seinen Erben entrichtet werden müßte . . ." Desgl. Württ. Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 24 § 5. Revid. Land-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 3. Baier. L.-R. Th. III Kap. 6 § 10. Oesterr. G.-B. § 684. Code civ. art. 1014. Zürcherisches G.-B. § 2095.

[1]) Dies gilt auch nach röm. Recht. Berger, oecon. jur. Lib. II tit. IV c. 24 nota 3: Dominium rei, quae propria est heredis, legatae, non statim a die mortis testatoris, aut aditae hereditatis, sed demum ex tempore consecutae traditionis, in legatarium transire. Non obstat, quod heres cum testatore eadem persona esse censeatur: respondetur enim, illam fictionem unitatis capiendam esse quod ad obligationem, non item, quod ad dominium. Quam in sententiam Fac. Vitemb. respondit M. April 1696. Vergl. auch Mayer, die Lehre von den Legaten ꝛc. Abth. 1 S. 23. Bürgerl. Ges.-B. für das K. Sachsen § 2456. „. . . wenn der Gegenstand dem Beschwerten gehört, erwirbt der Bedachte nur die Befugniß, Uebertragung des Eigenthumes oder des Rechtes zu fordern —."

[2]) Ulp. l. 19 § 2 D. de leg. 1: In legato pluribus relicto si partes adjectae non sunt, aequae servantur. § 8 J. de leg. (2, 20): Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, sciuditur inter eos legatum.

l. nn. § 11 C. de cad. toll. (6, 51): Ubi autem legatarii vel fidei-

§ 289. «Für Vermächtnisse, die nach baarem Gelde zu bestimmen sind, haften sämmtliche Miterben gemeinschaftlich, wenn nicht der Erblasser die Entrichtung des Legats nur einem unter denselben ausdrücklich aufgelegt hat.»

§ 290. «Wegen solcher Geldvermächtnisse hat der Legatarius aus dem gesammten Nachlasse, soviel davon nach Abzug der Schulden übrig bleibt, das Recht, Sicherheitsbestellung in dem Nachlasse, auch ohne besondere Einwilligung des Erben, zu fordern; so wie das in der Konkursordnung näher bestimmte Vorrecht in dem Vermögen des Erben selbst.»

§ 291. «Gleiche Rechte kommen demjenigen, dem einzelne bestimmte Sachen zum Vermächtnisse beschieden worden, in Ansehung des Werthes derselben zu, soweit dieser von den Erben vertreten werden muß.»

§ 292. «Wenn die Erben, vor erfolgter Berichtigung sämmtlicher ihnen gemeinschaftlich auferlegten Vermächtnisse, den Nachlaß theilen, so verbleiben den Legatariis eben die Rechte gegen jeden einzelnen Miterben, welche in einem gleichen Falle den Erbschaftsgläubigern beigelegt sind (Tit. 17 Abschn. 2).»

158. Diesen Bestimmungen liegt das allgemeine Prinzip zum Grunde, daß die aus dem Nachlasse beschiedenen Vermächtnisse eine auf der Erbschaft ruhende Last (onus hereditarium) bilden und daher, gleich den Erbschaftsschulden, der Regel nach von sämmtlichen Erben gemeinschaftlich zu berichtigen sind, so daß der Legatar dem Nachlasse, als dem zu seiner Befriedigung dienenden Fonds, gegenüber die Stellung eines Erbschaftsgläubigers einnimmt. Dieser Gesichtspunkt läßt die Frage nach der Person der Beschwerten und dem Um-

commissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc conjunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat . . .

Frankfurt. Reform. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 11. „Wann vielen ein Gut samptlich legirt wird, ohn Erklärung, wie viel ihre jeder davon haben solle: So wird verstanden, daß es under sie zugleich vertheilt soll werden —." Württ. Land-R. von 1610 Th. III Tit. 24 § 4. Rev. L.-R. des Herzg. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 1. Sächs. Ges.-B. § 23

fange der dieſen obliegenden Beitragspflicht in den Hintergrund treten. Hat der Teſtator nicht ausdrücklich dem einen oder anderen Erben die Entrichtung des Vermächtniſſes auferlegt, ſo iſt eben der Nachlaß dafür in Anſpruch zu nehmen, alſo die Gemeinſchaft der Erben als Träger deſſelben.[1])

Der gedachte Geſichtspunkt findet ſich mehr oder weniger auch in anderen deutſchen Partikularrechten angedeutet.

Baieriſches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 6. „. . . 4to Wenn Niemand beſonders damit onerirt, ſondern das Legat überhaupt vermacht iſt, ſo haftet die Erbſchaft darum, und zwar bei mehreren Erben jeder pro rata ſeines Erbtheiles, auch ſoferu einer nicht mehr ſolvendo iſt, die übrigen in Subſidium." [2])

Oeſterreich. bürgerl. Geſetzb. § 649. „Die Vermächtniſſe fallen in der Regel allen Erben . . . nach Maß ihres Erbtheiles zur Laſt. Es hängt jedoch von dem Erblaſſer ab, ob er die Abführung des Legates einem Miterben, oder auch einem Legatar beſonders auftragen wolle."

§ 820. „Mehrere Erben, welche eine gemeinſchaftliche Erbſchaft ohne die rechtliche Wohlthat des Inventariums angetreten haben, haften allen Erbſchaftsgläubigern und Legataren . . . Alle für Einen und Einer für Alle. Unter ſich aber ſind ſie nach Verhältniß ihrer Erbtheile beyzutragen ſchuldig."

Code civ. art. 1017. „Les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, seront personellement tenus de l'acquitter,

---

[1]) Dem röm. Recht iſt dieſe Auffaſſung fremd. Nach ihm hat es der Legatar immer mit den einzelnen Erben zu thun, wovon jeder nur nach Verhältniß ſeines Erbantheils haftet.

Modestin. l. 33 pr. D. de leg. 2: Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet. Pompon. l. 44 pr. eod.: Si pluribus heredibus institutis, ita scriptum sit: „heres meus damnas esto dare aureos quinque," non quilibet heres, sed omnes videbuntur damnati, ut una quinque dent. Africau. l. 15 D. de jure eod. (29, 7): Sed cum ea testatoris voluntas fuerit, ut ex universa hereditate legata erogarentur: dicendum, scriptis heredibus profuturam doli exceptionem, si amplius, quam hereditaria portio, petatur. Ulp. l. 1 § 19 D. ut leg. (36, 3): . . . ipso jure prò ea parte legata debent, pro qua heredes sint; sed enim aequissimum est, non majorem partem legatariis solvere, quam cujus habent emolumentum . . . cf. l. un. § 8 C. de cad. toll. (6, 51). Vergl. überhaupt Arndts in Weiske's Rechtslex. VI S. 283—286.

[2]) v. Kreittmayr, bemerkt dazu: de juro communi iſt keiner für den andern zu bezahlen ſchuldig, wann gleich dieſer nicht mehr solvendo iſt. Allein unſer Codex disponirt ſolchenfalls ein anders und will, daß einer für den anderen wenigiſt in Subsidium haften ſoll, damit der letzte Will adimplirt werde.

chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la snccession. — Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jus qu'a concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détentenrs."

159. Ein Vermächtniß kann, wie den Teſtamentserben, ſo auch den geſetzlichen Erben auferlegt werden. Wenn nun der Teſtator eine beſtimmt genannte Perſon, in der nach den damaligen Verhältniſſen begründeten Vorausſicht, von dieſer allein beerbt zu werden, mit Vermächtniſſen beſchwert, wie iſt es zu halten, wenn der Beſchwerte wegen des ſpäteren Hervortretens eines zur geſetzlichen Erbfolge Gleichberechtigten nur zur Hälfte Erbe wird? Nach den Entſcheidungen der römiſchen Juriſten iſt der beſchwerte Inteſtaterbe nur zur Hälfte für die Vermächtniſſe verpflichtet, ſein Miterbe aber gar nicht, ſo daß die Legatarien eine Einbuße um die Hälfte erleiden.[1])

Nach unſerem Rechte möchte wohl der oben hervorgehobene Geſichtspunkt uns über dieſe offenbare Unbilligkeit hinweghelfen — Es iſt klar, daß in dem vorausgeſetzten Falle der Teſtator nicht einen einzelnen Erben, ſondern die ganze Erbſchaft mit dem Vermächtniſſe hat belaſten wollen. Die Bezeichnung einer beſtimmten Perſon als den Beſchwerten iſt nur in dem Sinne geſchehen, daß der Erblaſſer ſich dieſelbe als Träger der Erbſchaft gedacht hat und kann ebendeshalb nach der Abſicht des Teſtators keine andere Bedeutung haben, als daß überhaupt der Erbe („quisquis mihi heres erit") zur Entrichtung des Vermächtniſſes habe verpflichtet werden ſollen.

160. In Betreff des geſetzlichen Pfandrechts der Vermächtnißnehmer nach gemeinem Recht iſt zu verweiſen auf v. Löhr im Archiv

---

[1]) Papin. l. 77 § 29 D. de leg. 2: Quum existimaret ad solam consobrinam suam bona perventura, codicillis ad eam factis plnribus fideicommissa reliqnerat. Jure successionis ad dnos ejnsdem gradus possessione devolnta rationibus aequitatis et perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem relevandam respondi . . . Marcell. l. 19 D. de jure cod. (29, 7): Is, qni unnm filium habebat, qnnm codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus herede eo, et qnem postea procreavit. Agnatione sui heredis nemo dixerit, codicillos evanuisse: igitur si nihil tnm de posthumis speravit, et codicilli non evanescent, et qnae relicta sunt, pro parte dimidia filins, ad quem codicillus factus est, solvere compellitur, non etiam posthumus.

Vergl. Papin. l. 11 § 2 D. ad L. Falc. (35, 2): Imperator Marcus Antoniuns decrevit, heredes, qnibus pars bonorum ablata est, non in ampliorem partem, qnam pro ea parte, quae relicta est, legatorum nomine teneri.

Witte in Weiske's Rechtslex. II S. 675.

für die civil. Praxis V. S. 208—221. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon II. S. 292—295. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts I. (Leipzig, 1860) § 40 S. 328 ff., so wie in Betreff des Preuß. Rechts auf Bornemann, System. Darstell. S. 81 f. Koch, Recht der Ford. III. S. 297 f. (2. Ausgabe).

---

§ 293. «Ist der Legatarius mit der weiteren Abgabe eines Vermächtnisses an einen Dritten belastet worden, so steht er gegen denselben in dem Verhältnisse eines Erben.»

161. Aus diesem gemeinrechtlichen[1]) Grundsatze folgt:

a) die gleiche Vertretungspflicht des mit einem weiteren Vermächtnisse belasteten Legatars wie des Erben;[2])

b) das nach Analogie des § 290 d. T. zu bestimmende gesetzliche Pfandrecht des Unterlegatars an dem Gegenstande des Hauptvermächtnisses als dem ihm zu seiner Befriedigung angewiesenen Fonds;[3])

---

[1]) pr. J. de sing. reb. p. f. r. (2, 24): Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere ... et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit. Maecian. l. 32 § 4 D. ad L. Falc. (35, 2): ... exemplo heredis legatarius ad fideicommissa praestanda obligabitur ...

Donell. com. de jure civ. Lib. XV cap. 14 i. f.: Non solum hoc genere quasi contractus obligatur heres legatariis et fideicommissariis, sed et legatarii singularum rerum, a quibus etiam testator quid praestitum voluit. Nam et adversus hos eaedem actiones constitutae sunt hujus legati et fideicommissi nomine, quae adversus heredes de iis, quae ab heredibus relicta sunt. l. 1 § pen. C. com. de leg. Obligationis ratio in agnitione voluntatis defuncti, dum legatum ab eo datum admittitur suscipiturque ejus voluntatis commodum et incommodum.

[2]) African. l. 108 § 12 D. de leg. 1: Quum quid tibi legatum, fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare existimavit ...

[3]) Voet, com. ad P. de leg. et fideic. nr. 41: Quod si non heres, sed legatarius legato iterum aut fideicommisso gravatus sit, fideicommissario quidem et tunc legalis hypotheca competit l. 1 C. com. de leg. sed non in omnibus defuncti bonis, verum in iis solis, quae ex judicio defuncti testatoris per heredem legatario ex bonis defuncti praestita sunt.

cf. Mevii Decis. VIII. 211.

c) die Begründung der Obligation zwiſchen dem Hauptlegatar und dem Unterlegatar durch die Annahme (Nichtausſchlagung) des Legates, gleichwie die der Obligation des Erben durch die Antretung der Erbſchaft.

In letzterer Hinſicht iſt noch Folgendes zu bemerken. — Im Allgemeinen gilt der Grundſatz, daß die an eine letztwillige Zuwendung zum Vortheil eines Dritten geknüpfte Laſt den dem Beſchwerten ſelbſt zufallenden Vermögensvortheil nicht überſteigen darf.[1]) Auf dieſen Rechtsſatz kann ſich aber, ſo wenig wie der Erbe ohne Vorbehalt,[2]) Derjenige berufen, der das mit der Laſt verknüpfte Legat ohne Weiteres angenommen hat.[3])

[1]) § 1 J. de sing. reb. per fideic. (2, 24): — hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alii restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est inutiliter relinquitur ... Marcian. l. 114 § 3 D. de leg. 1: — placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est. Ulp. l. 1 § 17 D. ad S. C. Treb. (36, 1) — neminem enim oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit ... Ulp. l. 78 D. de leg. 1: Fideicommissum, quod a legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, si ad legatarium legatum pervenerit.

Brunnemann, com. in P. ad l. 8 de leg. 3: Legatarius fideicommisso gravari potest eatenus, quatenus legatum accepit, et quatenus ad eum pervenit, vel per ipsum factum est, quominus perveniret, et potest se liberare cedendo actionem.

Baieriſches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 6. „1mo Mögen nicht nur Erben, ſondern auch Legatarien, Fideicommiſſarien, und alle andere, welche von der Diſpoſition Vortheil haben, mit Legaten beſchwert werden, jedoch ... ſoll auch 3tio das Onus niemal ſtärker ſein, dann das Utile ...“ Bürgerl. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2389. „Niemand kann mit Vermächtniſſen weiter beſchwert werden, als der Vortheil reicht, welchen er auf den Todesfall erhält —.“ Privatrechtl. Geſetzb. für den K. Zürich § 2094. „Es kann auch einem Begabten, der nicht zugleich Erbe iſt, die Entrichtung eines Vermächtniſſes an einen Dritten auferlegt werden. Das Vermächtniß iſt aber für dieſen belaſteten Begabten nur inſoweit verbindlich, als daſſelbe den Werth des ihm ſelbſt Vermachten nicht überſteigt —.“

[2]) Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts II S. 52 ff.

[3]) Papin. l. 70 § 1 D. de leg. 2.: — si pecunia accepta rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare; non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. cf. l. 36 pr. D. ad L. Falc. (35, 2).

S. Stryk, de caut. test. cap. XX. § 10. Quid consilii, si legatarius rursus sit gravatus?

Oeſterr. bürgerl. Geſetzb. § 650. „Ein Legatar kann ſich von der voll-

d) Das Wegfallen des Unterlegatars kommt dem Hauptlegatar, nicht dem Erben, zu Gute. [1])

e) Kann oder will der Hauptlegatar das Vermächtniß nicht annehmen, so kommt die Vorschrift des § 367 d. T. zur Anwendung, dahin lautend:

„War jedoch der ausfallende Legatarius mit Vermächtnissen an Andere belastet, so muß der Erbe diese letzteren berich-

---

ständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen weiteren Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm zugedachten Legates übersteige, nicht entschlagen ..." Unger, das österr. Erbr. § 55 Note 5 bemerkt dazu: Die Anordnung des § 650 beruht auf der gesetzlichen Unterstellung, daß in der Annahme des Legats zugleich die stillschweigende Erklärung des Legatars enthalten sei, daß er den Werth seines Vermächtnisses höher schätze als den Werth der ihm auferlegten Leistung, es mag ihm nun aufgetragen sein, für die vermachte Sache eine Geldsumme oder für die vermachte Geldsumme eine eigene werthvollere Sache oder gar eine höhere Geldsumme dem auf ihn gewiesenen Legatar zu entrichten ... Der Großh. Hessische Entwurf bestimmt dagegen Abth. 3 Art. 289 „— Doch kann jeder Vermächtnißnehmer nach Annahme seines Vermächtnisses sich von der Vollziehung eines ihm auferlegten Vermächtnisses befreien, wenn er dasjenige, was ihm selbst vermacht worden ist, dem Bedachten abtritt." Motive (S. 169): Der Erblasser, welcher einen Vermächtnißnehmer mit einem weiteren Vermächtnisse belastet, will Beide, den ersten und den zweiten Bedachten, begünstigen. Er stellt sich vor, daß das, was er dem Ersteren zuwendet, nicht nur zur Vollziehung des zweiten Vermächtnisses hinreichen, sondern daß auch noch ein Ueberschuß in den Händen des Ersten zurückbleiben werde. Auf keinen Fall ist es seine Absicht, dem beschwerten Vermächtnißnehmer ein Opfer aus seinem eigenen Vermögen zuzumuthen. Zeigt es sich, daß er sich in der Werthschätzung des Vermachten geirrt hat, so geschieht dem testatorischen Willen, so weit möglich, Genüge, wenn der zweite Vermächtnißnehmer Dasjenige vollständig erhält, was der Erblasser aus seinem Nachlasse zu dessen Begünstigung hat aufwenden wollen.

[1]) Marcell. l. 17 pr. D. de leg. 2: Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus: Titii commodo cedit, non heredis: nisi duntaxat ut ministrum Titium elegit. Idem est, et si ponas usumfructum legatum.

v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen I S. 71: Der Legatar ist nach der Absicht des Testators nicht bloße Mittelsperson; wenn der Fideicommissar ausschlägt oder vor der Annahme stirbt, so erhält und behält der Legatar die Sache, d. h. obwohl der Fideicommissar sie nicht erhält, so behält sie doch auch der Erbe nicht, und soweit gereicht das Wegfallen des Fideicommissars dem interpositus, nicht dem ursprünglich Onerirten zum Vortheil, so daß die Mittelsperson zugleich als eventuell honorirt erscheint.

tigen,[1]) oder das angefallene Legat dem ferneren Legatario, welchem der Ausgefallene etwas leiſten ſollte, überlaſſen." [2])

---

§ 294. «In Ermangelung näherer von dem Erblaſſer feſtgeſetzter Beſtimmungen, kann der Legatarius die Uebergabe oder Auszahlung des Vermächtniſſes gleich nach dem Ablaufe der geſetzmäßigen Deliberationspflicht fordern (Tit. 9 § 383 f.).»

162. Prof. P. Hinſchius (Preuß. Anwalts-Ztg. 1862 S. 4): Der § 294 d. T. verdankt offenbar ſeine Entſtehung der Inconſequenz des L.-R., daß es das deutſchrechtliche Princip: „der Todte erbt den Lebendigen" angenommen, nichts deſto weniger aber daneben auch die Grundſätze des Röm. Rechts über die aditio hereditatis zum Theil recipirt hat. Der Zweck der gedachten Beſtimmung iſt eine Verſöhnung dieſer beiden widerſprechenden Principien. Um den Konſequenzen der deutſchrechtlichen Anſchauung zu entgehen, bedurfte es für den Erben einer Feſtſetzung, wie ſie § 383 I. 9 trifft, welcher ihm die Wahl zwiſchen Uebernahme oder Entſagung der Erbſchaft läßt, und § 294 I. 12 ſtellt ſich danach nur als ein Ausfluß der im § 393 I. 9 enthaltenen Anordnung dar. Der muthmaßliche Erbe ſoll deshalb gegen die Anſprüche dritter Prätendenten geſchützt ſein, bis es ſich herausgeſtellt hat, ob er definitiv Erbe wird oder nicht. Schlägt er die Erbſchaft aus, ſo iſt es für ihn gewiß gleich, ob der Legatar über die ihm

---

[1]) Uebereinſtimmend mit dem röm. Recht l. 29 pr. D. de leg. 2. l. 9 D. de usu et usufr. (33, 2).

[2]) Suarez bemerkte in Beziehung auf den Fall eines Sublegats: „Derjenige, welcher das Vermächtniß präſtiren ſoll, ſteht in eben dem Verhältniß mit dem, welcher es erhalten ſoll, wie der Erbe gegen den Legatarium. Wie aber, wenn nun ein ſolches Legat nicht angenommen wird: verliert der zweite Legatar das Seinige? Z. E. Ich vermache Cajo ein Haus, er ſoll aber Titio ein Legat von 10,000 Th. entrichten. Cajus repudirt das Legat, weil vielleicht das Haus nicht 10,000 Th. werth iſt. Quaer.: muß dann der Erbe die 10,000 Th. präſtiren? ich glaube quod non, würde aber dem zweiten Legatar das Recht geben, in die Stelle des erſten zu treten, ſoweit ſolches, um zu ſeinem Legat zu gelangen erforderlich iſt. (Geſetz-Reviſion, Penſum XVI S. 167.)

Vergl. Oeſterr. bürg. Geſetzb. § 650. „... Nimmt er (der Legatar, dem ein weiteres Vermächtniß aufgetragen iſt) aber das Legat nicht an; ſo muß derjenige, dem es zufällt, den Auftrag übernehmen, oder das ihm zugefallene Vermächtniß dem darauf gewieſenen Vermächtnißnehmer überlaſſen." Privatrechtl. Geſetzb. für den K. Zürich § 2094. „... Schlägt der erſte Begabte das Vermächtniß aus, ſo iſt der folgende Begabte berechtigt, an ſeiner Statt daſſelbe zu begehren."

vermachte Forderung verfügt hat; nimmt er sie an, so erscheint er allerdings dabei interessirt, nämlich insofern, als dann das beneficium inventarii in Frage kommt. [1])

---

[1]) In Betreff des röm. Rechts vergl. Modest. l. 32 pr. D. de leg. 2: Omnia, quae testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestentur. Ulp. l. 7 pr. D. quando dies leg. (36, 2): Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit. Paul. l. 21 pr. eod.: Si dies apposita legato non est, praesens debetur, aut confestim ad eum pertinebit, cui datum est ... Ulp. l. 71 § 2 D. de leg. 1: In pecunia legata confitenti heredi modicum tempus ad solutionem dandum est, nec urgendum ad suscipiendum judicium; quod quidem tempus ex bono et aequo praetorem observare oportebit.

Erneuertes Gem. Land-R. des Hertz. Württemb. von 1610 Th. III Tit. 24 § 10. „Wir setzen und wöllen auch, daß, auff absterben des Testierers, die Legata ... durch die Erben, gleich nach angetrettner Erbschafft ohnverzugenlich der Verordnung gemäß geraicht — werden sollen." (Uebereinstimmend damit das Revid. L.-R. des Hertz. Preußen von 1685, Verb. L.-R. des K. Preußen von 1721, Buch V Tit. 8 Art. 4 § 3 so wie die Fränckische Land-Ger.-Ordn. Th. III Tit. 60 § 1.) Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 11. „... 6to Greifen jetztbemeldte Actionen gegen den Erben vor angetretener Erbschaft zwar nicht Platz, doch kann er allenfalls von dem Legatarius auf eine positive Erklärung getrieben werden, ob er die Erbschaft antreten wolle oder nicht."

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2437. „Ist ein Erbe mit einem Vermächtnisse beschwert, so kann dasselbe sofort, nachdem er die Erbschaft angetreten hat, jedoch nicht vor Ablauf eines Monates nach dem Tode des Erblassers gefordert werden. Ist ein Vermächtnißnehmer mit einem Vermächtnisse beschwert, so kann das Vermächtniß sofort mit dem Zeitpunkte, wo er sein eigenes Vermächtniß fordern kann, verlangt werden." — Eigenthümlich ist die auf althergebrachtem Rechte beruhende Bestimmung des Oesterreichischen bürgerl. G.-B. § 685. „Das Vermächtniß einzelner Verlassenschaftsstücke und darauf sich beziehender Rechte, kleine Belohnungen des Dienstgesindes, und fromme Vermächtnisse können sogleich; andere aber erst nach einem Jahre, von dem Tode des Erblassers, gefordert werden."

Am richtigsten ist wohl der Gesichtspunkt des Großh. Hessischen Entwurfs, der in den Motiven (S. 169 f. zu Art. 291) dahin angegeben wird: Die Regel ist, daß jedes Recht, sobald es existent geworden, auch geltend gemacht werden kann. Der dies veniens eines Vermächtnisses fällt in der Regel mit dem dies cedens zusammen. Ist das Vermächtniß an keine aufschiebende Bedingung und an keine Zeitbestimmung geknüpft, so kann sich der beschwerte Erbe von der sofortigen Vollziehung nur dadurch frei machen, daß er der Erbschaft entsagt, und er darf die Vollziehung nur dann hinausschieben, wenn er von der Rechtswohlthat des Vermögensverzeichnisses Gebrauch macht.

§ 295. «Nur, wenn über die Gültigkeit des letzten Willens gestritten wird, ist der Legatarius das Ende des Prozesses abzuwarten schuldig.»

163. Der Grund dieser Vorschrift[1]) kann ein doppelter sein, insofern

a) der Rechtsbestand des Vermächtnisses selbst,

b) die Frage, wer von den Streitenden als Erbe zu dessen Auszahlung verpflichtet ist,

von der Entscheidung des über die Gültigkeit des letzten Willens entstandenen Rechtsstreites abhängen kann. — Für den ersten Fall, welcher den Hauptfall bildet, half das römische Recht durch gesetzliche Cautionen aus,[2]) die unser Recht nicht kennt.

---

§ 296. «Auch kann der Erbe, welcher nur mit Vorbehalt die Erbschaft angetreten hat, das Legat so lange zurückhalten, bis rechtlich ausgemittelt worden: ob der Nachlaß zur Tilgung der Schulden und Vermächtnisse hinreiche.»

§ 297. «Dagegen ist der Legatarius so gut, wie der Erbschaftsgläubiger berechtigt, darauf zu dringen, daß der Erbe das Inventarium vorlege, und die Eröffnung des Liquidationsprozesses nachsuche.»

164. Prof. P. Hinschius (Preuß. Anwalts-Ztg. 1862 S. 5, 6): Die Bestimmung des § 296 d. T. steht augenscheinlich mit der eigenthümlichen landrechtlichen Gestaltung des beneficii inventarii im Zusammenhang. Der Benefizial-Erbe darf die Erbschaftsgläubiger und Legatarien nicht wie nach gemeinem Recht in der Reihenfolge, in welcher sie sich melden, befriedigen,

---

[1]) Ueber die Bedeutung derselben verbreitet sich ein Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 23. April 1860 (Entscheid. B. 43 S. 141 f.).

[2]) l. 3 D. de her. pet. (5, 3). l. 44 § 6 D. de cond. et dem. (35, 1). l. 9 C. de legat. (6, 37).

Vergl. Rev. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 (Verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 7. „... Geschähe es auch, daß ein instituirter Erb jemands, zu Betrug der Legatarien, anstiftete, daß das auffgerichtete Testament als falsch angefochten, oder sonst strittig gemacht würde, so ist er nichts destominder die Legata gegen genugsame Caution (so nemlich die Erbschaft benichtiget würde, daß alsdann die Legatarii ihn ohne Schaden halten wollen) zu bezahlen schuldig."

vielmehr muß er im Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses bei Vermeidung eigener Verhaftung die Erbmasse nach Maßgabe der in der Konk.-Ordn. vorgeschriebenen Reihenfolge unter sie vertheilen. Er nimmt den Erbschaftsgläubigern gegenüber die Stellung eines Verwalters ein und haftet als solcher für ein grobes und mäßiges Versehen. Können auch die Legatarien gleichwohl nur nach allen Erbschaftsgläubigern Befriedigung verlangen (Konk.-O. vom 8. Mai 1855 §§ 355. 356. 84 Nr. 4), so ist doch die Gültigkeit des Legates bei unzureichender Erbmasse nicht ipso jure aufgehoben. Der Legatar hat immer ein Recht auf das ihm zugewiesene Vermögensobjekt, ja er erwirbt das Eigenthum desselben sofort und der Anspruch des Erben reducirt sich im vorliegenden Falle nur auf den vom Honorirten verhältnißmäßig zu leistenden Beitrag, welcher im einzelnen Fall selbst den Werth des ganzen Gegenstandes erreichen kann (§ 334, 338 d. T.).

Unger, das österreich. Erbrecht § 66: — Der Vorbehaltserbe ist berechtigt, mit der Entrichtung der Vermächtnisse so lange zu warten, bis der Activbestand des Erbvermögens und der Betrag sämmtlicher zu entrichtender Vermächtnisse klar gestellt ist, es müßte ihm denn für den Fall nachträglich sich herausstellender Ueberschwerung des Nachlasses Sicherstellung für die Rückerstattung des Zwielempfangenen geleistet werden.[1])

Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 25. Oktober 1864: Nicht der klagende Legatar hat die Zulänglichkeit, sondern der beklagte bedingt erklärte Erbe hat die Unzulänglichkeit des Verlassenschaftsvermögens zur Bezahlung des Legates zu beweisen. (Allgem. österr. Ger.-Ztg. 1865 S. 32 f.)[2])

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 6. December 1854: Der § 2 der Executions-Ordnung vom 4. März 1834 hat in der im § 296 I. 12 A. L. R. dem Benefizialerben beigelegten Befugniß, das Legat so lange

---

[1]) Oesterr. bürg. G.-B. § 692. „Reicht die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßiger Auslagen, und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zu; so leiden die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug. Daher ist der Erbe, so lange eine solche Gefahr obwaltet, die Vermächtnisse ohne Sicherstellung zu berichtigen nicht schuldig."

Eine solche Caution fand auch nach röm. Rechte zur Sicherung des dem Erben zustehenden Abzuges der Quarta Falcidia statt. cf. tit. Dig. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur (35, 3). l. 1 § 12 l. 31 D. ad L. Falc. (35, 2). l. 2 C. de usur. et fruct. leg. (6, 47).

[2]) Marcadé, Abriß des Franz. Civilrechts (ins Deutsche übertragen von A. Pfaff) I S. 298: Es ist klar, daß sich der Erbe nur dadurch den Klagen der Vermächtnißnehmer entziehen kann, daß er die Unzulänglichkeit des ihm angefallenen Vermögens darthut. Vergl. Brunnemann, com. in P. ad l. 17 de probat. (22, 3) nr. 1. Heres a legatariis conventus, si neget tantum in bonis esse, ut possit legata solvere, tenetur hanc negativam probare, in qua fundamentum intentionis ponit; nisi pro se inventarium perfectum habeat: quo casu contrarium probandum legatariis. Covarr. lib. 2 resol. c. 6 nr. 4. Mascard. concl. 887 nr. 7.

zurückzuhalten, bis rechtlich ausgemittelt worden, ob der Nachlaß zur Tilgung der Schulden und Vermächtnisse hinreiche, nichts geändert. (Striethorst, Archiv B. 15 S. 271 f.)

§ 298. «Die Vertheidigung des Nachlasses gegen die daran gemachten Ansprüche kommt zwar hauptsächlich dem Erben zu; und was gegen diesen erkannt worden, das müssen die Legatarii auch gegen sich gelten lassen.»

§ 299. «Doch steht den Legatariis frei, sich bei den die Masse betreffenden Prozessen, so weit sie ein wirkliches Interesse nachweisen können, zu melden; und gegen die der Masse nachtheiligen Erkenntnisse die gesetzlichen Rechtsmittel, allenfalls auch ohne Beitritt des Erben, jedoch auf ihre Kosten, zu verfolgen.»

§ 300. «Was die Erbschaftsgläubiger im Wege des Vergleichs, oder der Behandlung, von ihren Forderungen nachlassen; das kommt der Masse, und nicht bloß dem Erben für seine Person, zu gute.»

165. Ueber die Anwendung dieser vom römischen Recht[1]) im Wesentlichen nicht abweichenden Vorschriften[2]) hat unser höchster Gerichtshof folgende Sätze aufgestellt:

Erkenntniß vom 9. Februar 1852: Wenn das Theilnahmerecht

[1]) In Betreff des röm. Rechts ist zu verweisen auf: Keller, Litiscontestation und Urtheil § 46. Wetzell, System des ord. Civilproz. § 47. H. Dernburg, Ueber das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. § 10 (Klagen der Erbschaftsgläubiger und Legatare gegen die Erbschaftsbesitzer und Erbschaftskläger). Arndts in Weiske's Rechtslex. V. S. 235—238. — Archiv für pract. Rechtswiss. VIII. S. 165—170 (Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 21. Februar 1860).

[2]) So bemerkt Förster, Klage und Einrede nach preuß. Recht S. 186: Im preuß. Recht ist nicht direct die vom römischen hingestellte Voraussetzung ausgesprochen, daß der Erbe nicht mit der andern Partei colludirt haben darf. Diese Voraussetzung ist aber auch für unser Recht zu behaupten; denn es ist im § 298 I. 12 die Vertheidigung des Nachlasses verlangt; eine Vertheidigung aber ist es nicht, wenn man gegen das Interesse des Nachlasses mit dem Gegner colludirt. Eine solche Collusion kann jedoch nicht ohne Weiteres dann angenommen werden, wenn sich der Erbe contumaziren läßt, oder die Nachlaßschuld im Prozesse anerkennt, sondern sie muß als Einrede vom Legatar aufgestellt und erwiesen werden.

an einem, mehreren Personen ausgesetzten Legate nicht von dem Erben, sondern von den Mitlegatarien bestritten wird, so sind diese letzteren auch allein, dem Prätendenten gegenüber, passive zur Sache legitimirt. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 22 S. 315 f.)

Erkenntniß vom 12. April 1853: Legatarien, welche in ihrem erweislichen Interesse an einem die Nachlaßmasse betreffenden Prozesse Theil nehmen, vertreten weder einzeln, noch alle zusammen die Nachlaßmasse, sondern nur ihre eigenen Legate. Daher kommt das von einem einzelnen Legatar gegen einen Nachlaßgläubiger erstrittene günstige Urtheil den übrigen Legatarien nicht zu Gute. (Striethorst, Archiv B. 9 S. 99 f.)

Erkenntniß vom 13. Januar 1854: Die bei dem Prozesse nicht zugezogenen Legatarien müssen zwar die zwischen dem Testamentserben und den Nachlaßgläubigern, nicht aber die zwischen dem Ersteren und einem andern Erbprätendenten ergangenen Entscheidungen gegen sich gelten lassen. (Ebendas. B. 12 S. 61 f.)

Erkenntniß vom 12. Februar 1858: Die in einem Rechtsstreite über das Erbrecht zu einem gewissen Nachlasse ergangene rechtskräftige Entscheidung gilt als solche auch zu Gunsten der Nachlaßgläubiger und Legatare, welche den durch jenes Judicat anerkannten Erben in Anspruch nehmen, wenn sie auch an jenem Rechtsgange nicht Theil genommen haben. (Entscheid. B. 37 S. 341 f.)

Erkenntniß vom 17. Juni 1860: In einem die Erbschaftsmasse betreffenden Prozesse kann der Legatar, auch wenn der den Prozeß führende Erbe kein Rechtsmittel eingelegt hat, innerhalb der gesetzlichen Frist selbständig von dem Rechtsmittel Gebrauch machen. (Ebendas. B. 43 S. 146 f.)

Ueber den § 300 bemerkt Heydemann, Einleit. in das System des Preuß. Civilrechts I. S. 204:

> In der gedachten Vorschrift finde sich nach richtiger Auffassung keine Abweichung von dem Hauptgrundsatze des § 75 und 88 I. 5 A. L. R., weil der Erbe die Masse objectiv, also auch von selbst zu Gunsten dritter Personen, z. B. der Legatarien, vertrete.[1])

Wenn bestimmte Sachen oder Rechte vermacht worden.

§ 301. «Wenn zum Vermächtnisse ausgesetzte bestimmte Sachen oder Rechte von einem Erbschaftsgläubiger in Anspruch genommen werden; so muß der Erbe dem Legatario davon Nachricht geben, und dieser ist sodann schuldig, die Führung eines solchen Prozesses auf seine Kosten zu übernehmen.»

166. Diese Vorschrift, welche den Gegensatz zu der Bestimmung

[1]) Vergl. übrigens Paul. l. 3 § 1 D. ad L. Falc. (35, 2): Sed et si is, qui

des § 298 bildet, folgt schon von selbst aus dem im § 288 über den Erwerb des Vermächtnißgegenstandes aufgestellten Grundsatze. Der Legatar als Singularnachfolger ist in einem die vermachte Sache betreffenden Rechtsstreite allein passiv legitimirt. Ein ohne seine Zuziehung gegen den Erben geführter Prozeß würde in Ansehung seiner ohne alle Wirkung sein.

---

§ 302. «Sind in einem Testamente gewisse jährlich, oder sonst zu einer bestimmten Zeit, wiederkehrende Hebungen zum Vermächtnisse beschieden, so wird die Zeit der zu leistenden Abgabe von dem Todestage des Erblassers an gerechnet.»

167. Diese Vorschrift, welche das annuum legatum,[1]) Rentenvermächtniß, zum Gegenstande hat, stimmt mit dem römischen Recht überein.[2]) Dasselbe betrachtet ein solches Vermächtniß als in so vielen einzelnen Vermächtnissen bestehend, als sich Leistungstermine ergeben.[3]) Nach diesem Gesichtspunkte entscheidet sich auch die Vererblichkeit des

---

solvendo non est, legaverit, et heres cum creditoribus deciderit, ne solidum solveret, et ob eam decisionem factum sit, ut aliquid retineret, nihil tamen legatariis debiturum, quia eam pecuniam non ex hereditate, sed ex decisione habet.

[1]) Schilter, Exerc. ad P. 39 § 63 sq. S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 25 sq. Claproth, Abh. von Testamenten ꝛc. § 97.

[2]) Ulp. l. 12 § 1 D. quando dies leg. (36, 2): — Labeo, Sabinus et Celsus et Cassius et Julianus in omnibus, quae in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cujusque anni hujus legati dies cederet. § 3. Item Celsus scribit, quod et Julianus probat, hujus legati diem ex die mortis cedere, non ex quo adita est hereditas, et si forte post multos annos adeatur hereditas, omnium annorum legatario deberi.

So bestimmt auch das Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 687. „Wird jemanden ein in wiederkehrenden Fristen, als: alle Jahre, Monate und dergleichen zu leistender Betrag vermacht; so erhält der Legatar ein Recht auf den ganzen Betrag dieser Frist, wenn er auch nur den Anfang der Frist erlebt hat. Doch kann der Betrag erst mit Ablauf der Frist gefordert werden. Die erste Frist fängt mit dem Sterbetage des Erblassers zu laufen an."

[3]) Paul. l. 4 D. de ann. leg. (33, 1): Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale; videri enim hanc inesse conditionem, „si vivat," et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire. Id. l. 11 eod.: Quum in annos singulos legatur, plura legata esse placet, et per singula legata jus capiendi inspicietur . . .

Legats,[1]) es müßte denn eine immerwährende Rente conſtituirt ſein.[2]) Verſchieden von dem Rentenlegat iſt das Vermächtniß einer beſtimmten Summe mit Feſtſetzung mehrerer Zahlungstermine (Ratenvermächtniß): hier iſt nur ein Legat vorhanden, daher auch die Erben des Be-

---

[1]) l. 4 D. cit. ſ. S. 574 Note 3. Marcian. l. 20 D. quando dies leg. (36, 2): Si cum praefinitione legatum fuerit, veluti: „Titio dena usque ad annos decem," Julianus libro XXX Dig. scribit, interesse, et si quidem alimentorum nomine legatum fuerit, plura esse legata, et futurorum annorum legatum legatarium mortuum ad heredem non transmittere . . .

Württembergſches Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 24 § 8: „Was aber diejhenige Legata oder Geſchäfft, welche einem zu underhaltung ſeines Leibs, zu Jährlichen, oder andern benannten Zihlen zu raichen verſchafft worden, anlangt, da der Legatarius im Erſten Jahr ſolche Zeit oder Zihl nicht erlebte, ſeyen ſeine Erben ſolches Legats fähig. Sobald aber der Legatarius in andern nachfolgenden Jahren, vor dem Termin Tods vergehet, iſt man ſeinen Erben alsdann etwas zu geben nicht ſchuldig." Erneuerte Frankfurt. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 6 § 14. „Würde jemand zu Underhaltung ſeines Leibs, jährlich, oder zu beſtimpten Friſten und Zielen, etwas an Gelt, Getraid, Wein, oder dergleichen, Legirt: Soviel dann derſelbig Legatarius ſolcher Ziel erlebt, ſo viel hat er zu erfordern, und zu haben. Nach ſeinem Tode aber, gebürt ſeinen Erben nichts, er hette dann das Letz Ziel auch erlebt, und were aber deſſetbig uneutricht hinderſtendig blieben." (Uebereinſtimmend mit dem Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 2 Art. 10. Vergl. auch Project des Corp. Jur. Frid. Th. II B. 8 Tit. 3 § 9.) Baieriſches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 16. „Jährliche, monatliche, wochentliche oder tägliche Legate, Kraft welcher man nämlich dem Legatarius z. E. alle Jahre, Monate, Wochen oder Tage etwas zu entrichten hat, werden 1mo nicht für ein, ſondern für ſo viele Legate geachtet, als Jahre, Monate, Wochen oder Täge ſind, welchemnach auch 2do nach Abſterben des Vermächters nur mit Anfange jeden Jahres, Monats, Wochen oder Tages, ſofern keine andere gewiſſe Zeit hierunter fixirt iſt, Dies Legati cedirt, folgtich Jus Transmissionis Platz greift; wohingegen 3tio die übrigen Jahre, Monate, Wochen oder Täge, deren Anfang der Legatarius noch nicht erlebt hat, auch auf ſeine Erben nicht mehr transmittirt werden . . ."

[2]) l. 22 C. de leg. (6, 37): In annalibus legatis vel fideicommissis, quae testator non solum certae personae, sed et ejus heredibus praestari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus, et eorum heredem heredibus servari pro voluntate testatoris praecipimus. — Revid. Land-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbeſſ. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 12. „Wann jemands einem andern eine jährliche Pension oder Zinß verordnet hätte; mit dem Anhang, daß dieſelbige ſeinen Erben (des Legatarii) auch gereichet und praestiret werden ſolle: So ſollen nicht allein die erſten, ſondern alle nachkommende Erben dadurch verſtanden werden . . ." Vergl. das Erkenntniß des oberſten Gerichtshofes zu Wien von 17. Juli 1855 (in Glaſer's und Unger's Samml. I Nr. 113a).

dachten die nach und nach fälligen Theilbeträge (Raten) zu fordern berechtigt ſind.[1])

---

§ 303. «Iſt aber Jemandem der Gebrauch oder Genuß eines Grundſtückes, Gebäudes oder anderen beſtimmten Sache vermacht, ſo kann er denſelben nur von Ablauf der geſetzmäßigen Ueberlegungsfriſt fordern.»

168. Dieſe Beſtimmung iſt nur eine Anwendung des im § 294 aufgeſtellten allgemeinen Grundſatzes, da die Ausübung des vermachten Nießbrauches die Beſitzübergabe erfordert, dieſe aber der Erbe erſt nach Ablauf der Ueberlegungsfriſt zu leiſten hat.[2]) Doch kommen auch hier die Vorſchriften der §§ 306, 307 zur Anwendung.

---

[1]) Unger, das öſterr. Erbr. § 74. Ulp. l. 12 § 4 D. quando dies leg. (36, 2): Sed etsi quotannis sit legatum, mihi videtur etiam in hoc initium cujusque anni spectandum, nisi forte evidens sit voluntas testatoris in annuas pensiones ideo dividentis, quoniam non legatario consultum, sed heredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem. Marcian. l. 20 eod. — Si vero non pro alimentis legavit, sed in plures pensiones divisit exonerandi heredis gratia, hoc casu ait (Julianus) omnium annorum unum esse legatum, et intra decennium decedentem legatarium etiam futurorum annorum legatum ad heredem transmittere. Quae sententia vera est. Baieriſches Landrecht Th. III Kap. 7 § 16. „... 4to Wird etwa gleich überhaupt eine gewiſſe Summe legirt, und nur die Bezahlung in jährliche, monatliche oder dergleichen Friſten vertheilt, ſo iſt es kein Legatum annuum oder menstruum, ſondern unum, purum, simplex, und wird mithin Casu evidente, wie andere Legate, ganz transmittirt. Im Zweifel werden aber 5to dergleichen Vermächtniſſe allezeit mehr pro annuis et menstruis, als pro puris et simplicibus geachtet...“ Desgl. Proj. des Corp. Jur. Frid. Th. II B. 8 Tit. 3 § 10. Vergl. auch den von R. Koch in der Preuß. Anwalts-Zeit. 1861 S. 137 f. beurtheilten Rechtsfall.

[2]) Nach röm. Recht beginnt der teſtamentariſche Nießbrauch erſt mit der Erbſchaftsantretung. Ulp. l. un. § 2 D. quando dies ususfr. (7, 3): Dies autem ususfructus, item usus non prius cedet, quam hereditas adeatur; tunc enim constituitur ususfructus, quum quis jam frui potest. § 4. Non solum autem ususfructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usufructu; idemque et si ex die fuerit legatus usufructus... Id. l. 2 D. quando dies leg. (36, 2): Si pure sit ususfructus legatus, vel usus, vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem, neque petitio ad heredem transit; item et si ex die sit ususfructus relictus l. 3 ... nam quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit.

Vergl. Glück, Com. IV S. 309—312. Der gleiche Grundſatz findet ſich

§ 304. «Von vermachten Geldzinſen, Zehnten und anderen dergleichen feſten Hebungen, gebühren dem Legatario nur die nach dem Tode des Erblaſſers fälligen Termine.»

169. Während der § 302 von einem erſt durch das Teſtament conſtituirten Rentenrecht handelt, hat dieſe Vorſchrift das Vermächtniß eines bereits dem Erblaſſer zuſtehenden Rentenrechts zum Gegenſtande.

Hierüber bemerkt Carpzov, Jurispr. for. P. III tit. 16 def. 3:

— Ergo si contingat, bona censitica vel emphyteutica in testamento alicui legari, mortuo testatore ante diem solutionis, census annui ex ejusmodi bonis pro rata temporis, quo testator decesserit, legatario, pro rata vero temporis, quo testator vixerit, heredibus debentur —. Nec sine ratione; ex illo enim demum tempore, quo testator defunctus est, cepit legatum deberi. Ergo et fructus saltem ab hoc tempore peti poterunt.

Hierher gehört auch die Beſtimmung des bürgerl. Geſetzbuches für das K. Sachſen:

§ 2451. „Iſt der Gegenſtand des Vermächtniſſes . . . ein dem Erblaſſer

---

auch in deutſchen Partikularrechten. Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 2 Art. 8. „. . . ausgenommen, da jemanden der Beſitz und Nieß-Brauch eines oder mehrerer Güter verſchaft iſt, dann derſelbe Beſitz ehe nicht, dann die Erbſchaft angetreten, fällig wird.“ Erneuerte Frankf. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 6 § 17. „Und iſt hiebey zu wiſſen, obwol ſonſt alle Legata, ſobaldt der Teſtator verſtorben, den Legatariis, welchen dieſelbe verſchafft, verfallen: Daß es doch mit dem Legato eins Beyſeß, vermög der Recht, eine ſondere Meinung hat, daß derſelbig erſt, nachdem die Erbſchafft durch die Erben adirt, und angetretten worden, dem Legatario erſcheint und anfällt, und nicht ehe.“

Uebrigens wird nach gemeinem Recht der vermachte Nießbrauch ipso jure, ohne Tradition, erworben. Brunnemann, com. in P. ad l. 7 de usufr. leg. (33, 2) nr. 1: Ususfructus legatus statim transit in legatarium sine traditione, quia vindicari potest. Struv, synt. jur. civ. Exerc. XII th. 12: . . . Relicto usufructu per legatum seu fideicommissum, ipso jure, licet nondum accesserit traditio, ususfructus legatario, postquam hereditas est adita, acquiritur, et inde actio quoque confessoria datur. Nihilominus tamen ad ususfructus quasi possessionem acquirendam opus est traditione. Vergl. Muelleri addit. ad Struv. l. c. nota β. Cocceji, jus civ. controv. VII, 1 qu. 4 (cf. dagegen Gaj. l. 3 pr. D. de usufr. (7, 1): Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui . . .)

zuständiges Recht an einer fremden Sache, so erwirbt der Vermächtnißnehmer . . . das Recht an der Sache sofort mit der Erwerbung des Vermächtnisses —."

---

§ 305. «Die vermachte Sache muß dem Legatario in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des Erbanfalls befunden hat, mit allen nachher hinzugekommenen An- und Zuwüchsen übergeben werden.»

170. Dieser Grundsatz folgt schon aus dem im § 288 aufgestellten Prinzipe. Der Legatar erwirbt die ihm vermachte bestimmte Sache (species legata) mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers. Er muß sie daher nothwendig in ihrem damaligen Zustande überkommen, mag sich dieser seit der Vermächtnißanordnung zu seinem Vortheile oder zu seinem Nachtheile verändert haben.[1]) So gebühren dem Legatar die, sei es durch Natur oder durch eine Handlung des Erblassers entstandenen Vermehrungen und Erweiterungen einer vermachten unbeweglichen Sache,[2]) so wie andererseits ihm dasjenige entgeht, was der

---

[1]) Pompon. l. 45 § 2 D. de leg. 1: Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est. Idem l. 56 eod.: Si legati servi nomine stipuletur legatarius, fugitivum eum non esse praestari, nihil veniet in eam stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento praestari debet; nec ullum in legato damnum facere intelligeretur. Florent. l. 116 § 4 eod.: Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est . . . Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. 3 Tit. 2 Art. 13. „Ferner, da jemanden ein gewisses oder nahmhaft Gut verschaft, und dasselbige, ohn Schuld oder Verwahrlosung des Erben, schadhaft oder verringert würde, so soll derjenige, dem es geschaft, den Schaden tragen, wie hingegen auch, da solches besser und gültiger worden, solcher ebenmäßig demselben Legatario zu gute kommen soll. (Aehnlich lautet die Bestimmung der Frankf. Reform. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 23 und des L.-R. des Herzogth. Preußen von 1685 Buch V Tit. 8 Art. 3 § 9.) Code civ. art. 1018. „La chose léguée sera delivré avec les accessoires necessaires, et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur." Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 686. „Bei dem Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftsstückes kommt dem Legatar . . . jeder Zuwachs zu statten —."

[2]) Pompon. l. 16 D. de leg. 3: Saepe legatum plenius restituitur fideicommissario, quam esset relictum, veluti si alluvione ager auctus esset, vel etiam insulae natae. § 19 J. de leg. (2, 20): Aedibus denique legatis, columnas et marmora, quae post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere. Javolen. l. 10 D. de leg. 2: Quum fundus nominatim legatus sit, si quid ei post testamentum factum adjectum est, id quoque

Teſtator von einem vermachten Grundſtücke abgenommen und einem andern zugeſchlagen hat.[1])

legato cedit, etiamsi illa verba adjecta non sint: „qui meus erit," si modo testator eam partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adjunxit. Javoleu. l. 39 eod.: Si areae legatae post testamentum factum aedificium impositum est, utrumque debebitur, et solum, et superficium. Pompon. l. 24 § 2 D. de leg. 1: Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adjecerit, quam fundo Titiano destinaret, id, quod adjectum est, exigi a legatario potest. Et similis est causa alluvionis, et maxime si ex alio agro, qui fuit ejus, quum testamentum faceret, eam partem adjecit. Pauli rec. sent. Lib. 3 tit. 6 § 49: Adjunctiones, quas fundo legato testator ex diversis emtionibus applicaverat, legatario cedere placuit. § 54. Pascua, quae postea comparata ad fundum legatum testator adjunxerat, si ejus appellatione contineantur, ad legatarium pertinent.

Revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 (Verbeſſ. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 9. „Wann ein Teſtirer einem ein Haüß legiret oder verſchafft, und nach ſolcher Verordnung etliche Gebäwe in dieſelbe Behauſung von newen gemacht würden: So gehören dieſelben Gebäwe dem Legatarius auch zu . . ." Bürgerl. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2451. „Iſt der Gegenſtand des Vermächtniſſes eine Sache, an welcher der Erblaſſer zur Zeit ſeines Todes das Eigenthum hat..., ſo erwirbt der Vermächtnißnehmer das Eigenthum der Sache nebſt Zuwachs und allen zur Zeit des Anfalles dabei befindlichen Zubehörungen . . ." Siebenhaar, Com. III S. 359 bemerkt dazu: In Beziehung auf den Zuwachs kann dies an ſich nicht zweifelhaft ſein, weil dieſer ein integrirender Theil des Ganzen iſt. In Beziehung auf die Zubehörungen aber beruht die Beſtimmung auf dem muthmaßlichen Willen des Erblaſſers. Die Vorſchrift des § iſt vorzüglich wichtig in dem Falle, wo der Erblaſſer eine Area vermacht und nach der Errichtung des letzten Willens ein Gebäude auf derſelben aufgeführt hat; es würde der Vermächtnißnehmer auf die Area und auf das Gebäude Anſpruch haben, ohne daß er Erſatz für die Baukoſten zu leiſten hätte. Ebenſo würde der Erbe Zubehörungen, welche erſt nach Errichtung des letzten Willens zu dem vermachten Gegenſtande hinzugekommen ſind, nicht wegnehmen, auch eine Entſchädigung dafür nicht fordern können.

Vergl. Code civ. art. 1019. „Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmentée par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs. — Il en sera autrement des embellissements, ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte."

Marcadé, Abriß des Franzöſ. Civilr. Ins Deutſche übertragen von A. Pfaff I. S. 375.

[1]) Pompon. l. 24 § 3 D. de leg. 1: Quodsi post testamentum factum ex fundo Titiano aliquid detraxit, et alii fundo adjecit, videndum est, utrumne eam quoque partem legatarius petiturus sit, an hoc minus, quasi fundi Titiani esse desierit, quum nostra destinatione fundorum nomina et domus,

171. Wenn die vermachte Sache noch bei Lebzeiten des Teſtators von einem Dritten ſchuldbarer Weiſe beſchädigt worden iſt, ſo ſteht dem Legatar die Entſchädigungsklage nicht zu, da nur die Sache in ihrem verſchlechterten Zuſtande den Gegenſtand ſeines Vermächtnißrechts bildet und jener dem Erblaſſer erwachſene Entſchädigungsanſpruch nicht gleichſam als ein Zubehör der Sache ſelbſt aufzufaſſen iſt.[1]) So geht der Legatar ganz leer aus, wenn die vermachte Sache vor dem Anfalle des Legats durch Schuld eines Dritten vernichtet worden iſt (§ 315 d. T.).[2])

---

§ 306. «Bis zur Uebergabe muß der Erbe die Sache zum Vortheil des Legatarii verwahren und verwalten.»

§ 307. «Doch darf er demſelben von den Früchten und Nutzungen für die Zwiſchenzeit, von dem Tode des Erblaſſers bis zum Antritte der Erbſchaft, nur ſoviel gewähren, als er ſelbſt davon erhalten hat.»

§ 308. «Auch für die Zeiten ſeiner Verwaltung vertritt der Erbe nur ein grobes Verſehen.»

§ 309. «Zögert er jedoch mit der Verabfolgung des Le-

---

non natura constituerentur. Et magis est, ut quod alii destinatum est, sdemtum esse videatur.

[1]) Vergl. Paul. l. 66 § 2 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Si damnum in hereditario servo datum sit, licet per servum hereditarium heredi competere actio coepit, non tamen transit legis Aquiliae actio ad fideicommissarium. Hae enim sctiones transeunt quae ex bonis defuncti pendent.

Id. l. 8 D. de servo corrupto (11, 3): Sed et heres ejus, cujus servus corruptus est, habet hanc actionem non solum si manserit in heredilate servus, sed et, si exierit, forte legatus.

[2]) In l. 13 § 3 D. ad L. Aquil. (9, 2), l. 14, 15, 34 eod. iſt nur der Fall behandelt, wenn nach dem Tode des Erblaſſers, es ſei vor oder nach Antritt der Erbſchaft, die vermachte Sache durch Schuld eines Dritten zu Grunde gegangen iſt.

Vergl. dagegen Mommſen, Beiträge aus dem Obligationenrecht Heft 1 (Braunſchweig, 1859) S. 102 f., welcher unter Anwendung der bei Fideicommiſſen geltenden Billigkeitsgrundſätze nach heutigem Recht den Gläubiger bei allen Vermächtniſſen für berechtigt hält, die Ceſſion der gegen den Dritten begründeten Klagen zu fordern, wenn er in Anſehung des Delicts die Gefahr trägt. Es iſt dabei auf den Rechtsſatz: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, ſowie darauf hingewieſen, daß es dem muthmaßlichen Willen des Erblaſſers in keiner Weiſe entſprechen würde, wenn der Belaſtete, dem der Erblaſſer die Leiſtung der Sache auferlegt hat, das an die Stelle derſelben getretene commodum behalten dürfte.

gats, über die gesetzmäßige Frist (§ 294 ff.), ohne Grund, so treffen ihn alle rechtliche Folgen des Verzuges.» [1])

172. Rücksichtlich des Ueberganges des Fruchtgenusses auf den Legatar weicht unser Landrecht von den Grundsätzen des röm. Rechts ab, wonach der Erbe die Früchte der vermachten Sache erst vom Augenblicke der Mahnung bez. der Litiscontestation an zu restituiren hat.[2]) Schon in der gemeinrechtlichen Praxis machten sich jedoch Ansichten geltend, welche mit den obigen Vorschriften übereinstimmen.[3]) Dieselben sind auch in deutsche Partikulargesetzgebungen übergegangen.[4])

---

[1]) Dieser an sich schon selbstverständlichen Vorschrift fügt der § 310 die noch unnöthigere Bestimmung hinzu: „Auch ist der Erbe, welcher sich einer solchen ungebührlichen Zögerung schuldig macht, von diesem Zeitpunkte an für einen unredlichen Besitzer zu achten."

[2]) l. 1. 3. 4 C. de usur. et fruct. leg. (6, 47), l. 23 D. de leg. 1, l. 84 D. de leg. 2, l. 26 D. de leg. 3. Thibaut im Archiv für die civ. Praxis B. 9 S. 88, 89. Vergl. Codex Fabrianus Lib. VI tit. 26 def. 1. Usuras aut fructus legatorum a die morae deberi verius est, moram vero non prius contractam videri posse, quam legatum agnoverit legatarius et petierit. Itaque fructus interim percepti ad heredem pertinebunt, tanquam bona fide percepti, licet non ignoraverit legatum, quod utique legatario nihil petenti offerre non debuit. Proinde agnito postea quandocunque legato non restituentur. Sed hoc ita est accipiendum, si non ipsi quoque fructus in legato sint... Ita Senat. Sabaudiae M. Febr. 1589.

[3]) So lehrt Brunnemann, com. in P. ad l. 39 de leg. 1 nr. 2: Sed ante moram etiam fructus debentur percepti ab herede in iis legatis, quorum dominium recta transit ad legatarium, ut quando legata est species, et quae fuit testatoris. Desgl. Berlich concl. practicab. P. III conc. 19 nr. 1: ... quia heres in re legata nullum jus habet, sed legatarius, qui in re legata dicitur quasi heres, ergo fructus rei legatae non debent remanere penes heredem, sed restitui legatario, qui habet jus in re, cum fructus ad rei dominum, non ad alium pertineant. ... nr. 15. 16. Sed quid, si fundus legatus tempore mortis testatoris seminatus inveniatur, et fructus in eo adhuc pendeant, ad quemnam illi fructus pertinent, utrum ad heredem, an vero ad legatarium? Jure civili quidem extra controversiam positum est, cum fructus pendentes sint pars fundi et fundus cum fructibus pendentibus pro una re habeatur, fructusque pendentes fundum pretiosiorem reddant, quod fructus pendentes tempore mortis testatoris, etiamsi postea jacente hereditate colligantur, nihilominus ad legatarium pertineant. Die gleiche Ansicht wird auch von Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 1 als unzweifelhaftes Recht dargestellt. Vergl. dagegen Goswini ab Esbach notae et addit. ad Carpzov l. c.

[4]) Erneuerte Frankf. Reform. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 22. „Wann auch in

Bei Wahlvermächtnissen, so wie bei dem Vermächtniß einer eigenen Sache des Erben[1]) ist Letzterer nur im Falle des Verzuges für Früchte und Nutzungen verhaftet.

173. Die Vorschrift des § 308 enthält eine Abweichung vom römischen Recht, welches den Erben, dem Legatar gegenüber, für jedes Verschulden verantwortlich macht.[2]) Es ist dabei der Gesichtspunkt leitend gewesen, daß es sich bei dem Vermächtnisse nur um den Vortheil des Legatars handelt,[3]) hierbei aber übersehen, daß das Legat nicht auf einer Freigebigkeit des Erben beruht, Letzterer vielmehr in der Uebernahme einer mit Legaten beschwerten Erbschaft immerhin nur seinen eigenen Vortheil sucht.[4]) Uebrigens findet sich jene Ansicht schon

---

einem Testament liegende Güter, als äcker, Weingärten, Wiesen ꝛc. legirt werden, und in Zeit deß Testatoris absterben, die durch ihn erbaute Frucht noch darauff stehen: So sollen dieselben bey dem Grunde bleiben, und derwegen dem Legatario folgen, Doch daß er dem Testaments Erben den Bauwkosten dagegen erstatte." Rev. Land-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 16. „... Und ob es dann wol, wegen des Sächsischen Rechten, bei etlichen das Ansehen haben möchte, daß solche Früchte, weil sie bey des verstorbenen Leben durch ihne verdient, den Erben bleiben solten: So wollen Wir doch, dessen ungeachtet, derer Meinung hiermit angenommen und approbiret haben, daß diesfalls die Früchte mit dem Grunde und legirten oder beschiedenem Gut dem Legatario zuerkant werden sollen." Project des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 2 § 44. „Ferner muß der Erbe dem Legatario alle Früchte und Nutzungen praestiren, welche er aus dem Legato nach dem Absterben des Testatoris gehoben und genossen hat ... weil sonst der Erbe sich ex re aliena bereichern würde." Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 686. „Bei dem Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftsstückes kommen dem Legatar auch die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen und entstandenen Nutzungen — zu statten ..." Dem röm. R. folgt Code civ. art. 1014. „... Néanmoins le légataire particulier ne pourra ... prétendre les fruits ou intérêts, qu' à compter du jour de sa demande en délivrance —"

[1]) Paul. l. 24 § 2 D. ad L. Falc. (35, 2): Idem respondit, fructus ex propria re heredis, quae legata est, post diem fideicommissi cedentem perceptos, etsi non sint restituendi fideicommissario, heredi in quartam imputari non solere.

[2]) Ulp. l. 47 § 5 D. de leg. 1: Culpa autem qualiter sit aestimanda videamus, an solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est, an numquid et deligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.

[3]) Koch, Recht der Forder. I S. 280, 281 (2. Ausg.).

[4]) Donell., com. de jure civ. Lib. XVI cap. 7. i. f.: — Legatum et fideicommissum si per se spectetur, sane fatendum est in eo, quod praestatur, solum commodum legatarii versari, nullum heredis. Sed in legato spectare

bei gemeinrechtlichen Juristen und ist auch vom Baierischen Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) aufgenommen worden.[1])

§ 311. «Eigenmächtiger Weise darf kein Legatarius den Besitz der vermachten Sache sich anmaßen.»

174. Dieses Verbot, welchem das römische Recht durch ein besonderes dem Erben gegebenes Rechtsmittel[2]) größere Wirksamkeit verlieh, beruht einfach darauf, daß bei dem Vermächtnisse einer bestimmten, dem Erblasser gehörigen Sache der Legatar zwar mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers das Eigenthum, nicht aber den Besitz ipso jure erwirbt, vielmehr zur Erlangung des letzteren allemal einer Vermittelung des Erben — der Besitzübergabe — bedarf, deren Umgehung sich als eine unerlaubte Selbsthülfe darstellt.[3])

---

oportet totam voluntatem defuncti. Is vero ita legat ab herede, ut pro legato eum hereditatem accipere jubeat, nec heredem unquam instituerit eum, nisi id ageret, ut ipse quoque legata a se relicta praestaret. Hanc voluntatem si spectamus eam ratam esse in legato utriusque aperte interest, legatarii, qui legatum accipit: heredis, qui voluntatem defuncti in hac re agnoscendo consequitur, ut secundum voluntatem defuncti obtineat hereditatem. cf. Voet, com. ad P. de leg. et fideic. nr. 50.

[1]) Th. III Kap. 6 § 10. „...6to muß dem Legatar hiernächst aller Schaden vergütet werden, welcher Culpa lata vel Dolo, oder post moram sogar Culpa levi et levissima, aut Casu mere fortuito daran geschehen ist..." Vergl. auch das Proj. des Corp. Jur. Frid. Th. II B. 8 Tit. § 46.

[2]) Ueber das interdictum quod legatorum (tit. D. quod legatorum 43, 3, tit. C. eod. 8, 3) vergl. Brunnemann, consil. nr. 35. 37. Zimmern im Archiv für die civ. Praxis B. 8 S. 157 f. Heimbach in Weiske's Rechtslex. V S. 604—607.

[3]) Codex Fabrianus Lib. VIII tit. II def. 1: Legatarius, etiam cui per vindicationem legatum est, non nisi per manus heredis legati possessionem nancisci potest, alioqui tenetur interdicto Quod legatorum, sublata hac parte differentia, quam inter legatorum species jus vetus induxerat. Solus ille casus excipitur, quo quis in certa re (heres) sit institutus ... Ita Senat. Sabaudiae M. Mart. 1590.

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 30: Quamvis legati dominium statim a morte testatoris ipso jure legatario illud agnoscenti acquiratur, attamen propria autoritate ac inscio herede, legatarius rem sibi legatam occupare et possessionem apprehendere non potest. Aequissimum namque praetori visum est, unumquemque non sibi ipsi jus dicere, occupatis legatis aut fideicommissis, sed ab herede petere ...

Vergl. Förster, Klage und Einrede nach preuß. Recht § 104 S. 345 f. Rubo in den „Beitr. zur Erläut. des Preuß. Rechts" IX S. 520 f. 538 f.

Wir finden daher jenen Satz, der übrigens auch in Ansehung der Prälegate gilt,[1]) in den meisten deutschen Partikularrechten.[2])

---

§ 312. «Die Uebergabe oder Verabfolgung des Legats muß, wenn eine entgegengesetzte Willensmeinung des Testators nicht erhellet, auf Kosten des Legatarii erfolgen.»

175. Nach gemeinem Rechte hat der Regel nach der Erbe die Kosten der Uebergabe zu tragen.[3]) Nur wenn noch bei Lebzeiten des

---

[1]) l. 1 § 6 D. h. t. (43, 3).

[2]) Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 2 Art. 3. „Und nachdem solche Legata oder Geschäfte durch den instituirten Erben oder durch die im Testamente verordnete Executorn ausgerichtet werden müssen, so soll sich keiner derselben eigenes Gewalts unterziehen, sondern von den Erben oder Executorn ordentlich fordern; es erscheine dann klärlich aus des Testatoris letzten Willen, daß der Legatarius sich des Legati selbst bemächtigen und bezahlet machen möge." Württemb. Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 24 § 9. Revid. Land-R. des Herzogth. Preußen von 1685 (Verbeß. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 4 § 1. 2. Bair. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 11 Nr. 1. Proj. des Corp. Jur. Frid. Th. II B. 8 Tit. 2 § 58.

[3]) Muelleri addit. ad Struv synt. civ. jur. Exerc. 35 th. 20 not. α: Quando heres sumtus necessarios fecit, ut legatarius consequatur legatum, illi pertinent ad heredem; qui enim rem legat, necessario videtur legasse, quae sunt necessaria ad legatum consequendum. Hommel, Rhaps. I obs. 215 nr. 1—3: Heres suis sumtibus legatum mittere debet legatario. cf. Ulp. l. 39. pr. D. de leg. 1: Quum servus legatus in fuga esset, vel longinquo absens exigatur, operam praestare heres debet, ut eam rem requirat, et praestet, et ita Julianus scribit, nam et sumtum an in hanc rem facere heres deberet, Africanus libro XX. Epist. apud Julianum quaerit, putatque, sumtum praestandum; quod et ego arbitror sequendum. So bestimmt auch das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 10. „... Wo ist der Legatarius zwar die sowohl zur Verbesserung, als Erhaltung des Legates bona Fide verwendeten, nicht aber die auf die Einlieferung des Legates etwa erlaufenden Kosten zu erstatten schuldig. Immaßen Ihro jetztgedachte Einlieferung ohne Entgeltung des Legatarius an Ort und Ende, wo es der Vermächter angeordnet hat, oder bey ermangelnder Disposition in Loco Rei sitae vel Domicilii geschehen muß." Desgl. Project des Corp. Jur. Frid. Th. II B. 8 Tit. 2 § 45, ferner der Code civil. art. 1016: „Les frais de la demande en délivrance seront à la charge de la succession..." Marcadé, Abriß des Franz. Civilr. I S. 376 Nr. 61: Nach dem Grundsatze des gemeinen Rechts, wonach die Kosten der Zahlung auf den Schuldner fallen, muß der Schuldner eines Legats die Kosten der Ueberlieferung zahlen.

Testators Umstände eintreten, welche die Ueberlieferung der Sache schwierig und kostspielig machen, treffen die Kosten den Legatar.[1])

Die Frage, an welchem Orte die vermachte Sache zu überliefern ist, entscheidet sich vor Allem nach dem Willen des Testators und bei dem Mangel einer solchen Willenserklärung nach der Beschaffenheit des Vermächtnißgegenstandes.[2])

§ 314. «Hat der Erbe die vermachte Sache veräußert, so muß er dem Legatario das ganze Interesse vergüten.»

176. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I S. 253, 254: Es wird als dem Willen des Erblassers widersprechend angesehen, daß dessen wohlwollende Absicht durch eine freie Handlung desjenigen, dem er die Ausführung dieser Absicht zur Pflicht gemacht hat, vereitelt werden sollte. Demgemäß wird der Erbe, welcher, ohne von dem Vermächtniß etwas zu wissen, den vermachten Sclaven manumittirt, oder die vermachte Sache ad funus verwendet und so zu einer res religiosa macht, nicht befreit;[3]) er ist vielmehr verpflichtet, ein Aequivalent für den Gegenstand zu leisten. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Handlung, durch welche die Unmöglichkeit herbeigeführt ist, dem Erben Vortheil gebracht hat oder nicht, so wie gleichfalls ohne alle Rücksicht darauf, ob derselbe etwa einen Grund hatte, vor der Vornahme der Handlung Nachforschungen darüber anzustellen, ob die Sache auch etwa zum Gegenstande einer letztwilligen Disposition gemacht sei. Die Anwendung dieser Bestimmung setzt nur voraus, daß die freie Handlung des Erben, durch welche die Unmöglichkeit herbeigeführt ist, als eine verschuldete zu betrachten wäre, wenn er Kunde von dem Vermächtnisse gehabt hätte.[4])

---

[1]) l. 108 pr. D. de leg. 1. l. 8 pr. de leg. 2. Mommsen, Beiträge zum Oblig.recht I S. 222: Im Zweifel wird angenommen, daß der Testator die vermachte Sache dem Vermächtnißnehmer in der Weise habe zuwenden wollen, wie er sie selbst gehabt hat. (Deshalb fallen die Kosten der Wiedererlangung des entflohenen Sclaven, wenn dieser vor dem Tode des Erblassers entflohen war, dem Vermächtnißnehmer, wenn er später entflohen ist, dem Querirten zur Last l. 108 pr. D. de leg. 1. l. 8 pr. D. de leg. 2. Die l. 39 pr. D. de leg. 1 ist auf den Fall einer nach dem Tode des Erblassers erfolgten Flucht zu beziehen.)

[2]) Vergl. l. 38 D. de judic. (5, 1), l. 47 pr. und § 1 D. de leg. 1. Menoch. de Praesumt. Lib. IV praes. 200. Legatum quo in loco solvi et praestari voluisse testatorem ex quibus conjecturis praesumatur.

[3]) § 16 J. de leg. (2, 20), l. 112 § 1 D. de leg. 1, l. 25 § 2, 3 D. ad L. Falc. (36, 1) l. 91 § 2 D. de V. O. (45, 1), l. 63 D. de leg. 2.

[4]) cf. l. 53 § 3 D. de leg. 1.
Vergl. auch Julian. l. 84 § 5 D. de leg. 1, welcher den Fall behandelt,

177. Jene Vorschrift findet auch in dem Falle Anwendung, wenn der Erbe seine eigene, einem Dritten vermachte Sache, ohne von dem Vermächtnisse Kenntniß erhalten zu haben, veräußert hat,[1]) nicht aber bei einer während der Lebenszeit des Testators vorgenommenen Veräußerung, sollte auch der Erbe um die letztwillige Anordnung gewußt haben, weil damals so wenig ein Erbe wie ein Legatar vorhanden, also das hier vorausgesetzte Rechtsverhältniß noch gar nicht eingetreten war.

---

§ 315. «Ist die vermachte Sache zur Zeit des Erbanfalls gar nicht mehr in dem Nachlasse vorhanden, so verliert das Vermächtniß seine Wirkung.»

§ 316. «Dagegen schadet es der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht, wenn der Testator die vermachte Sache zwar veräußert, vor seinem Ableben aber dieselbe wieder zurückerhalten hat, und sie also in dem Nachlasse wirklich vorhanden ist.»

§ 322. «Hat der Testator das für die veräußerte Sache gelöfete Geld bis zu seinem Tode besonders aufbewahrt, so muß dasselbe dem Legatario, statt der vermachten Sache, verabfolgt werden; es wäre denn, daß der Erbe eine entgegenstehende Willensäußerung des Testators nachzuweisen vermöchte.»

178. Das Spezieslegat kann seiner Natur nach nicht zur Wirksamkeit gelangen, wenn der Gegenstand desselben sich in der Erbschaft nicht befindet,[2]) sei es, daß er dem Erblasser niemals gehört hat,[3]) oder

---

wenn der Erbe die vermachte Sache dem Legatar selbst, der von dem Vermächtnisse nichts weiß, verkauft hat.

[1]) § 16 J. de leg. (2, 20): ... Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit; nec interest, utrum scierit, an ignoraverit a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se legatum esse. (Dasselbe sagt Marcian. l. 112 § 1 D. de leg. 1.)

[2]) Befindet er sich nur theilweise darin, so beschränkt sich das Legat auf diesen Theil. African. l. 108 § 10 D. de leg. 1: Qui quinque in arca habebat, ita legavit, vel stipulanti promisit: „decem, quae in arca habeo.“ Et legatum et stipulatio valebit, ita tamen, ut sola quinque vel ex stipulatione vel ex testamento debeantur ... Paul. l. 8 § 2 D. de leg. 2: Si quis legaverit ex illo dolio amphoras decem, etsi non decem, sed pau-

aus seinem Vermögen — gleichviel, auf welche Weise — herausgekommen ist. Der einfachste Fall ist der Untergang der vermachten Sache.[4]) Ist die Hauptsache untergegangen, so hat der Legatar auch auf die noch vorhandenen Zubehörungen keinen Anspruch, weil diese mit dem Untergange der Hauptsache ihre Zubehör-Eigenschaft verlieren.[5]) Bei Wahlvermächtnissen bewirkt der Untergang der einen Sache die Beschränkung des Legats auf die noch übrig gebliebene.[6]) Hat der Testator statt der vermachten, später untergegangenen Sache sich eine andere gleicher Gattung angeschafft, so hat der Legatar auf die letztere

---

ciores inveniri possunt, non extinguitur legatum, sed hoc tantummodo accipit, quod invenitur. Pompon. l. 8 pr D. de leg. 1: Si ex toto fundo legato testator partem alienasset, reliquam duntaxat partem deberi placet —.

[3]) Ulp. l. 1 § 7 D. de dote prael. (33, 4): — si quis ita legaverit: „centum, quae in arca habeo," aut: „quae ille apud me deposuit," si nulla sint, nihil deberi constat, quia nulla corpora sint.

[4]) § 16. J. de leg. (2, 20): Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit —. Ulp. l. 47 § 6 D. de leg. 1: Item si fundus (legatus) chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi . . . Id. l. 53 § 9 eod.: Servus legatus, si ab hostibus captus sit, sine dolo heredis, non praestabitur —. Modestin. l. 32 § 5 D. de leg. 2: Species nominatim legatae, si non reperiantur, nec dolo heredis deesse probentur, peti ex eodem testamento non possunt. Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2420. „Das Vermächtniß fällt weg, wenn dessen Gegenstand bei Lebzeiten des Erblassers untergeht." Siebenhaar, Comment. bemerkt dazu: Auf Bezahlung des Werthes der untergegangenen Sache würde der Bedachte nur dann Anspruch haben, wenn der Erblasser dies gewollt hätte.

[5]) Marcian. l. 2 D. de penu leg. (33, 9): Penu certa cum vasis certis legata et consumta, ne vasa quidem cedunt legato, exemplo peculii. cf. Paul. l. 1 D. de pecul. leg. (33, 8): Servo legato cum peculio et alienato, vel manumisso, vel mortuo, legatum etiam peculii extinguitur. Gaj. l. 2 eod.: Nam quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, quum principales res peremtae fuerint. § 17 J. de leg. (2, 20): — Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit. Nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur. Paul. l. 49 pr. D. de leg. 2: Mortuo bove, qui legatus est, neque corium, neque caro debetur. Vergl. Proj. des Corp. Jur. Frid. Th. 2 B. 8 Tit. 2 § 47 Nr. 3.

[6]) Als ein solches Vermächtniß ist es aber nicht aufzufassen, wenn der Testator verordnet, A solle sein Pferd, oder, falls der Erbe dasselbe zu behalten wünsche, 100 Thlr. erhalten. Ist zur Zeit des Erbanfalles das Pferd im Nachlasse nicht mehr vorhanden, so hat A nichts zu fordern. Es liegt hier der Fall der s. g. facultas alternativa vor, d. h. die 100 Thlr. sind nicht in obligatione, sondern nur in solutione. Der Legatar hat kein Recht darauf; nur dem Erben stand frei, durch Zahlung der 100 Thlr. sich von der Pflicht zur Herausgabe des Pferdes zu befreien.

keinen Anſpruch, wenn nicht der Wille des Teſtators erhellt, das erloſchene Vermächtnißrecht in der neu angeſchafften Sache wieder aufleben zu laſſen.[1])

Anlangend den Fall, wenn der Teſtator ſelbſt der vermachten Sache ſich entäußert hat, ſo tritt hier zu dem Nichtvorhandenſein der Sache im Nachlaſſe ein zweiter Aufhebungsgrund: der Wille des Erblaſſers (ademtio legati). Dieſer doppelte Geſichtspunkt iſt wohl ins Auge zu faſſen, da jeder für ſich allein dem Fortbeſtande des Legats entgegenſteht, alſo weder der eine noch der andere Platz greifen darf, wenn das Legat aufrecht erhalten werden ſoll. Dies iſt von den Redaktoren unſeres Landrechts bei der Beſtimmung des § 316 überſehen. Hat der Teſtator durch Veräußerung der vermachten Sache ſeinen Willen kundgegeben, dieſelbe dem Legatar zu entziehen, ſo bleibt dieſer Wille beſtehen, ſo lange nicht deſſen Aenderung nachgewieſen iſt. Eine ſolche liegt aber noch keineswegs darin, daß die Sache in das Vermögen des Erblaſſers zurückgelangt iſt, ſollte auch Letzterer ſelbſt den Wiedererwerb bewirkt haben.[2]) Nach demſelben Geſichtspunkte kommt es auch auf die Rechtsgültigkeit der vom Teſtator vorgenommenen Veräußerung nicht an.[3]) — Auf der anderen Seite muß auch

---

[1]) Vergl. Paul. l. 28 § 11 D. de cond. et dem. (35, 1).

[2]) Paul. l. 15 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4): Quum servus legatus a testatore et alienatus rursus redemtus sit a testatore, non debetur legatario, opposita exceptione doli mali; sane, si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non submovebitur.

Bürgerl. Geſetzb. für das K. Sachſen § 2418. „Wenn der Erblaſſer die vermachte Sache oder einen Theil derſelben veräußert, ſo gilt das Vermächtniß als ganz oder als rückſichtlich des veräußerten Theils aufgehoben. Durch Rückerwerbung von Seiten des Erblaſſers lebt es nicht wieder auf."

Code civ. art. 1038. „Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle et que l'objet soit rentré dans la main du testateur."

Dagegen verordnet das Oeſterreich. bürgerl. Geſetzb. § 724. „Ein Legat wird für widerrufen angeſehen, wenn der Erblaſſer ... die Jemanden zugedachte Sache veräußert und nicht wieder zurückerhalten hat —"

[3]) Papin. l. 24 § 1 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4): Pater hortos instructos filiae legavit, postea quaedam ex mancipiis hortorum uxori donavit; sive donationes confirmavit, sive non confirmavit, posterior voluntas filiae legato potior erit. Sed et si non valeat donatio, tamen minuisse filiae legatum pater intelligitur. Code civ. l. c. Heſſiſcher Entwurf eines bürgerl. Geſetzb. Abth. III Art. 185.

eine ohne den Ademtionswillen geschehene Veräußerung der vermachten Sache das Legat aufheben, wenn die Sache aus dem Vermögen des Erblassers herausgekommen und bis zum Todestage desselben dahin nicht zurückgelangt ist.[1]) Eines besonderen Falles, wo die Veräußerung nicht animo adimendi, sondern animo transferendi legati geschehen ist, gedenkt der § 222, welcher jedoch zu seiner Anwendbarkeit voraussetzt, daß die obwaltenden Umstände die Absicht des Testators, das Kaufgeld der Sache zu substituiren, erkennen lassen.[2])

---

§ 317. «Ist die vermachte Sache, der Materie nach, wenngleich unter veränderter Form, in dem Nachlasse noch vorhanden, so besteht das Legat.»

§ 318. «Hat der Testator der Materie der vermachten Sache, ohne weiteren Zusatz, oder Verbindung mit einer anderen, bloß eine veränderte Gestalt gegeben, so erhält der Legatarius, statt der vermachten, die veränderte Sache.»

§ 319. «Hat aber der Testator, bei Veränderung der Form, zugleich die Materie vermehrt, oder mit einer anderen vermengt, vermischt oder sonst verbunden,

---

[1]) Aus Billigkeitsrücksichten wurden nach röm. Recht Fideicommisse in einem solchen Falle aufrecht erhalten. Ulp. l. 11 § 12 D. de leg. 3: Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse. Probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam. l. 6 C. de fideic. (6, 42): Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta . . . si a creditore distracta sunt, pretium heres exsolvere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur. So bestimmt das Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 725. „— Wenn die Veräußerung des Legates auf gerichtliche Anordnung geschehen . . ., so besteht das Legat." Das Baierische Landrecht Th. III Kap. 6 § 9 erklärt durch jede Art der Veräußerung ohne Unterschied das Legat für aufgehoben. Ebenso die Französische Jurisprudenz (Gilbert, les Codes annotés de Sirey Vol. 1 art. 1038 nr. 2: La revocation a lieu, quelle qu'ait été la cause de l'aliénation, sans distinguer entre les ventes volontaires et celles que le testateur est contraint de faire ou de subir, comme la saisie immobilière, l'expropriation pour cause d'utilité publique). Das Sächs. Gesetzb. hat diese Frage als quaestio facti unentschieden gelassen (Siebenhaar, Com. III S. 350).

[2]) Bornemann, Syst. Darst. VI. S. 85, 86 (2. Ausg.).

ſo muß der Legatarius mit dem Erſatze des gemeinen Werthes der Materie der ihm vermachten Sache ſich begnügen.»

§ 320. «Wenn erhellet, daß die Veränderung der Form ohne Vorwiſſen und Genehmigung des Teſtators erfolgt ſei, ſo hat der Legatarius in dem Falle des § 318 die Wahl: ob er die veränderte Sache nehmen, oder den gemeinen Werth der ihm vermachten Sache ſelbſt, ſo wie ſie zur Zeit der Veränderung beſchaffen war, fordern wolle.»

§ 321. «In dem Falle des § 319 hingegen kann der Legatarius nur auf dieſen Werth der vermachten Sache ſelbſt, vor der Veränderung, Anſpruch machen.»

179. Bei der Frage, ob und welchen Einfluß die Veränderung oder Umgeſtaltung der vermachten Sache auf den Fortbeſtand des Legates habe, kommt in gleicher Art, wie oben zu Nr. 178 angedeutet worden, ein doppelter Geſichtspunkt in Betracht.

Es fragt ſich nämlich zunächſt:

ob vermöge der Umänderung der eigentliche Vermächtnißgegenſtand als nicht mehr vorhanden zu betrachten iſt.[1])

---

[1]) Marcell. l. 6 § 1 D. de auro arg. (34, 2): — quid fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit? nam quodammodo extinctum sit, ut interim omittam, quod etiam dissolutione ac permutatione talis voluntas quoque videatur mutata.

So bemerkte auch Suarez in der revisio monitorum: „— Wenn die Subſtanz einer Sache ſo ſehr verändert worden, ſo iſt ſie ja nicht mehr dieſelbe, welche legirt worden; und aus welchem Grunde ſollte man annehmen, es ſei der Wille des Teſtators geweſen, daß der Legatarius ſtatt der vermachten eine andere Sache haben ſolle?" (Bornemann VI. S. 87.)

Iſt die Sache trotz des Wechſels ihrer Beſtandtheile dieſelbe geblieben, ſo beſteht das Legat in ſeinem Gegenſtande fort. Pompon. l. 24 § 4 D. de leg. 1: Si navem legavero, et specialiter meam adscripsero, eamque per partes totam refecero carina eadem manente nihilominus recte a legatario vindicaretur. Gaj. l. 65 § 2 eod.: Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit, ut nihil ex pristina materia supersit, tamen dicemus, utile manere legatum . . .

Der entgegengeſetzte Fall iſt die gänzliche Auflöſung einer zuſammengeſetzten Sache durch Zerlegung ihrer Beſtandtheile. Paul. l. 88 § 2 D.

Ist dies der Fall, dann handelt es sich um den Willen des Erblassers, nämlich darum:

ob anzunehmen ist, daß er die neuentstandene Sache an Stelle der untergegangenen dem Legatar habe zuwenden wollen.

Unser Landrecht erklärt unbedingt das Legat in der veränderten Sache als fortbestehend [1]) und beschränkt dasselbe nur bei einer Vermehrung der Materie auf den gemeinen Werth des Stoffes der vermachten Sache. [2])

---

de leg. 3: Nave autem legata dissoluta, neque materia, neque navis debetur. Vergl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenr. I. S. 158—160.

Ist dagegen ein Gebäude vermacht, so gebührt nach dessen Zerstörung dem Legatar wenigstens der Hausplatz. Pompon. l. 22 D. de leg. 1: — quemadmodum, insula legata si combusta esset, area possit vindicari.

[1]) Dagegen verordnet das Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 724. „Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser — die Jemanden zugedachte Sache . . . auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert." Desgl. das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2419. „Hat der Erblasser die vermachte Sache ganz oder theilweise vernichtet oder in eine andere Sache umgearbeitet und umgebildet, so ist das Vermächtniß soweit aufgehoben, als die Sache vernichtet oder beim Tode des Erblassers nicht mehr vorhanden ist." (Uebereinstimmend mit dem Großh. Hessischen Entwurfe eines bürgerl. Gesetzb. Abth. III Art. 186.) Vergl. Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 21. (Das Legat wird entkräftet) 2do durch die Specificationem Rei legatae, das ist, wenn die Gestalt und Form der verschafften Sache dergestalt geändert wird, daß sie nicht mehr zur vorigen Gestalt gebracht werden mag —."

Das römische Recht läßt der Beurtheilung freieren Raum, indem es allein den Willen des Erblassers für entscheidend ansieht. Ulp. l. 44 § 2 D. de leg. 1: Si pocula quis legavit et massa facta est, vel contra, item si lana legetur, et vestimentum ex ea fiat: Julianus libro XXXII. Dig. scripsit, legatum in omnibus supra scriptis consistere et deberi, quod exstat. Quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem § 3. Sed et si lancem legavit, et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate. (Vergl. Fitting im Archiv für die civil. Prax. B. 48 S. 159 f.) Donell. com. de jure civ. Lib. VIII cap. 17 §§ 14 sq.

[2]) Hierher gehört der Fall, wenn der Testator den vermachten Bauplatz später bebaut hat.

Die römischen Juristen fanden auch hier eine bloße Willensfrage zu entscheiden. Ulp. l. 44 § 4 D. de leg. 1: Si areae legatae domus imposita sit, debetur legatario, nisi testator mutavit voluntatem. Javol. l. 39 D. de leg. 2: Si areae legatae post testamentum factum aedificium impo-

180. Die oben angeführten §§, die eine species legata voraussetzen, können keine Anwendung finden, wenn ein nur dem genus nach beſtimmter Inbegriff von Sachen den Vermächtnißgegenſtand bildet und durch die Umgeſtaltung einzelner dazu gehöriger Stücke dieſe aufgehört haben, jenem genus anzugehören. Z. B. der Teſtator hat aus einem Theile der vermachten Wolle Tuch weben, aus einem Theile des vermachten Holzes ein Schiff bauen laſſen;[1]) es müßte denn das Genuslegat ſo allgemein gefaßt ſein, daß es auch die umgeſtalteten Stücke unter ſich begreift.[2])

181. Die von einem Dritten ohne Wiſſen und Willen des Teſtators vorgenommene Umgeſtaltung der vermachten Sache kann den Rechten des Legatars nichts entziehen.[3])

---

situm est: utrumque debebitur, et solum et superficium. cf. l. 79 § 2 D. de leg. 3.

Hat der Teſtator ſein altes Haus vermacht und daſſelbe ſpäter niederreißen und an ſeine Stelle ein neues Gebäude errichten laſſen, ſo hat der Legatar nur auf den Werth des alten Hauſes Anſpruch. — Nach röm. Recht wurde im Zweifel das ganze Vermächtniß als erloſchen angeſehen. Gaj. l. 65 § 2 D. de leg. 1: Si domus fuerit legata ... si ea domu destructa aliam eodem loco testator aedificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum.

[1]) Paul. l. 88 pr. D. de leg. 3: Lana legata, vestem, quae ex ea facta sit, deberi non placet. § 1. Sed et materia legata, navis, armariumve ex ea factum, non vindicetur.

Hat daher der Teſtator dem A ſein verarbeitetes, dem B ſein unverarbeitetes Silber vermacht und ſpäterhin von dem letzteren mehreres verarbeiten laſſen, ſo fallen die angefertigten Silbergeräthe dem A zu.

[2]) Ulp. l. 49 § 5 D. de leg. 3: Si uxori aurum, quod ejus causa paratum est, legatum sit, et postea sit conflatum, materia tamen manet, ea ei debetur.

[3]) Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch § 725. „— wenn die Sache ohne Einwilligung des Erblaſſers verwandelt worden iſt, ſo beſteht das Legat.“ Vergl. Proj. des Corp. Jur. Frld. Th. II (1751) Lib. VIII Tit. 19 § 9. „Das Legatum corruiret ... wann die legirte Species dergeſtalt von einem Fremden geändert wird, daß dieſelbe untergehet, und eine neue Species daraus entſtehet, welche nicht wieder in die vorige Form gebracht werden kann. Weil aber derjenige, welcher durch die Specification eine neue Speciem verfertiget, gehalten iſt, den Werth der Materie zu bezahlen, muß der Erbe denſelben anhalten, den Werth zu bezahlen und ſolchen dem Legatario einzuliefern.“ Baieriſches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 21. „— wenn die Specification nicht durch den Erblaſſer ſelbſt geſchieht, ſo muß dem Legatarius der Werth erſetzt werden.“

Digitized by Google

Ist jedoch die Veränderung der Sache durch einen Zufall bewirkt worden, so hat der Legatar nach dem im § 305 aufgestellten Grundsatze nur Anspruch auf die Sache in dem Zustande, worin sie sich bei dem Tode des Erblassers befindet.

---

§ 323. «Hat der Erblasser die vermachte Sache dem Legatario schon selbst übergeben, so hat Letzterer deshalb an den Nachlaß weiter keinen Anspruch.»

§ 324. «Hat jedoch der Erblasser die Sache dem Legatario durch einen lästigen Vertrag zugeeignet, und demselben das, was er dagegen zu leisten hatte, ganz oder zum Theil bis an seinen Tod nachgesehen; so wird, wenn nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung des Testators klar erhellet, ein solcher Rückstand, vermöge des Legats, für erlassen geachtet.»

182. Der Satz des § 323 hängt mit dem Prinzipe des römischen Rechts zusammen: duas lucrativas causas in eandem rem concurrere non posse.[1]) Derselbe wird daher auch anzuwenden sein, wenn der Legatar die vermachte Sache bei Lebzeiten des Erblassers von dem Erben selbst unentgeltlich erhalten hat.[2]) Jene Vorschrift

---

[1]) Vergl. W. Sell, Ueber die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum. Eine civilrechtliche Erörterung, nach den Quellen bearbeitet. Zürich, 1839 (Dazu Richter's Krit. Jahrbücher 1840 S. 961 f.). Brinz, Lehrbuch der Pand. § 222. Mommsen, Beitr. zum Obligationenr. I. S. 255 f. III. S. 413 f.

Paul. l. 21 § 1 D. de leg. 3: Fideicommissum relictum, et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum, extingui placuit, nisi defunctus aestimationem quoque ejus praestari voluit. l. 11 C. de leg. (6, 37): Filia legatorum non habét actionem, si ea, quae ei in testamento reliquit vivus pater, postea in dotem dederit. cf. l. 22 D. de leg. 2 l. 109 pr. D. de leg. 1.

Brunnemann, com. in C. ad l. 11 de leg. nr. 2: Nota: posse testatorem tradendo rem legatam, mortem praevenire, et nisi alia conjectura sit, praesumitur voluisse testator legatum vivus praestare, et ita quasi anticipare, nec posse legatarium duplicatum legatum petere.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 661. „— Wenn der Legatar das vermachte Stück von dem Erblasser selbst, und zwar unentgeltlich erhalten hat, ist das Vermächtniß für aufgehoben zu halten."

[2]) Unger, das österr. Erbr. § 67 Note 16.

setzt übrigens das Vermächtniß einer speziell bestimmten Sache voraus und ist daher auf Geldvermächtnisse nicht ohne Weiteres zu beziehen.[1] Nach römischem Recht fand der Grundsatz nicht einmal bei Wahlvermächtnissen Anwendung.[2] — Eine Folge des § 323 ist übrigens, daß der Geschenknehmer, weil er eben als Legatar nicht gilt, unter keinen Umständen zu den Erbschaftslasten beizutragen hat.

183. Die Bestimmung des § 324, welche eine eigenthümliche Art einer liberatio legata schafft, ist von sehr zweifelhaftem Werthe.[3] Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch (§ 661) erklärt überhaupt das Vermächtniß einer Sache, welche der Legatar später an sich gebracht hat, auf den Werth als fortbestehend, was auch in dem Falle gilt, wenn der Legatar die Sache vom Erblasser auf entgeltliche Weise erlangt hat,[4] während das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen bestimmt:

§ 2462. „Gehört der Gegenstand dem Bedachten nicht zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses, wohl aber zur Zeit des Todes des Erblassers, so ist das Vermächtniß gültig; der Bedachte kann, wenn er den Gegenstand von einer andern Person, als von dem Erblasser, gegen eine Gegenleistung erworben hat, den Aufwand für die Erwerbung, jedoch, wenn solcher den Werth der Sache übersteigt, nur diesen fordern."[5]

---

[1]) Ein Testator vermacht dem A 100 Thlr. Da derselbe in Noth geräth, schenkt ihm der Testator noch bei Lebzeiten 100 Thlr. Ist dadurch das Legat weggefallen? Da es sich hier um eine Quantität handelt, so kann von einer Identität der vermachten und der geschenkten Sache nicht die Rede sein. Es fragt sich daher nur, ob die Schenkung einen Widerruf des früheren Legats enthält. Dies ist nach den obwaltenden Umständen und dem daraus zu entnehmenden Willen des Testators, im Zweifel aber zu Gunsten des Legatars zu entscheiden, da eine Willensänderung nicht vorauszusetzen ist. Vergl. auch l. 87 pr. D. de leg. 2.

[2]) Julian. l. 84 § 11 D. de leg. 1: Si Titio Stichus aut Pamphilus, utrum eorum mallet, legatus est, deinde Pamphilus testator Titio donavit, Stichus in obligatione remanet.

[3]) Vergl. Bornemann VI. S. 86.

[4]) Unger, das österr. Erbr. § 67 Note 16.

[5]) Siebenhaar, Comment. bemerkt dazu: Hätte der Bedachte den Gegenstand des Vermächtnisses, gleichviel ob entgeltlich oder unentgeltlich, von dem Erblasser erworben, so würde das Vermächtniß nach § 2418 als aufgehoben zu betrachten sein.

§ 325. «Der Legatarius muß die vermachte Sache mit allen bei dem Ableben des Erblaſſers darauf haftenden Laſten übernehmen, wenn nicht der Teſtator ein Anderes ausdrücklich verordnet hat.»

§ 326. «Iſt alſo die Sache verpfändet, oder mit eingetragenen Hypotheken belaſtet, ſo muß der Legatarius dieſe Laſten ohne Beitrag oder Zuthun des Erben ablöſen.»

§ 327. «Iſt die Sache mit mehreren zugleich verpfändet, ſo iſt der Legatarius nur ſchuldig, einen Theil des Pfandſchillings, nach Verhältniß des Werths der Sache, zu bezahlen; und kann dagegen den Erben anhalten, daß er die Sache von dem Pfandrechte befreie.»

184. Wie der Legatar die vermachte Sache in dem phyſiſchen, ſo hat er ſie auch in dem rechtlichen Zuſtande zu übernehmen, worin ſie ſich bei dem Tode des Erblaſſers befindet. Dieſer Grundſatz, welchen das römiſche Recht in Anſehung der auf der vermachten Sache laſtenden Realſervituten,[1]) nicht aber in Betreff der darauf haftenden Nießbrauchs-[2]) und Pfandrechte[3]) anerkannte, gilt im heutigen

---

[1]) Gaj. l. 69 § 3 D. de leg. 1: Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet. Quodsi ita legatus sit: „uti optimus maximusque," liber praestandus est. Id. l. 70 § 1 eod.: Nam etsi fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam. l. 116 § 4 eod. l. 18 D. de serv. (8, 1).

Mommſen, Beiträge zum Obligationenrecht I. S. 156, 157. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundſätzen des heut. röm. Rechts B. 1 (Leipzig, 1860) S. 132 f.

[2]) l. 66 § 6 D. de leg. 2. l. 76 § 2 eod. Vergl. Dernburg a. a. O.

[3]) Paul. sent. rec. Lib. 3 tit. 6 § 8; § 5, 12 J. leg. (2, 20); l. 57 D. de leg. 1; l. 3 C. de leg. (6, 37); l. 6 C. de fideic. (6, 42).

Donell. com. de jure civ. Lib. VIII cap. 19 § 29 gibt als Grund an: — quippe et res pignori obligata quodammodo alienа est, ut ejus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda praestare cogimur. Sic enim veteres definiunt. Videtur res ei abesse, cui pretium abest (l. 14 pr. de V. S.). Unde et pignoris obligatio species alienationis habetur (l. 7 C. de reb. alien. non alienand.).

Vergl. Mühlenbruch im Archiv für die civil. Praxis XV. S. 393 ff. Dernburg a. a. O.

Rechte vermöge der veränderten Anschauungsweise als durchgreifende Regel.[1])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 662. „— Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten . . ." [2])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2452. „Stehen Dritten Rechte an der vermachten Sache zu, so kann der Vermächtnißnehmer von dem Beschwerten die Befreiung der Sache von diesen Rechten nicht fordern. Ist der Beschwerte der Berechtigte, so dauern die demselben an der vermachten Sache zustehenden Rechte nach der Eigenthumserwerbung des Vermächtnißnehmers fort."

§ 2453. „Stehen Dritten Pfandrechte an der Sache zu, so haftet die Sache auch bei dem Vermächtnißnehmer für die Forderungen, wegen deren die Pfandrechte bestellt worden sind. War der Erblasser für diese Forderungen persönlich verpflichtet, so haftet der Vermächtnißnehmer den Erben gegenüber nach den Vorschriften über die Schuldübernahme." [3])

---

[1]) So bemerkt Voet, com. ad P. de leg. et fideic. nr. 27 rücksichtlich des Grundsatzes des röm. Rechts, wonach der Erbe die vermachte Sache von dem darauf haftenden Nießbrauche zu befreien hat: Quod tamen a moribus nostris alienum censet Groenewegen ad l. 66 § 6 D. de leg. 2, et generaliter, si onus tale rei legatae appareat impositum, ut inde non sit metuenda dominii amissio, non debet heres eam liberare, sed legatarius rem qualemqualem tenetur accipere veluti servitute gravatam (Hugo Grotius manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2 cap. 22 nr. 11. 12) vel reditu irredimibili aut mere reali.

Desgleichen Vinnius, sel. jur. quaest. Lib. II cap. 26: — Gallorum moribus . . . ne illud quidem obtinet, ut fundo legato ususfructus, qui alienus est, ab herede peti possit . . . Atque hoc ut voluntati testatoris, ita et Bataviae quoque nostrae moribus omnino consentaneum videtur.

[2]) Unger, das österr. Erbr. § 67 Note 1 bemerkt dazu, daß dieser Bestimmung sicher der Vorzug zu geben sei, da sie dem muthmaßlichen Willen eines heutigen Erblassers gewiß besser entspreche als die des röm. Rechts.

[3]) Siebenhaar, Com. bemerkt dazu, nach der Auffassung des Vermächtnisses einer dem Erblasser eigenthümlich gehörigen Species, wie sie dem Sächs. G.-B. zum Grunde liege, wäre die Vorschrift des gemeinen Rechts nicht zu rechtfertigen gewesen.

Der Großh. Hessische Entw. eines bürg. G.-B. bestimmt Abth. III Art. 303: „Der mit einem Vermächtnisse Beschwerte ist nicht schuldig, die vermachte Sache von dem darauf haftenden Nießbrauche frei zu machen, wenn nicht der Erblasser ihm dieses ausdrücklich auferlegt hat.

Dagegen tritt der Vermächtnißnehmer, welcher die auf der vermachten Sache haftende Pfandschuld bezahlt, Kraft des Gesetzes in die Rechte des Gläubigers und hat den Rückgriff gegen den Schuldner, wenn ihm nicht die Uebernahme der Schuld von dem Erblasser ausdrücklich auferlegt worden ist."

Zur Rechtfertigung des letzteren Satzes wird in den Motiven (S. 173, 174)

Code civ. art. 1020. „Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur.“ [1])

Die älteren deutschen Partikularrechte folgen dagegen dem römischen Recht. [2])

185. Durch die Vorschrift des § 325 ist dem Legatar weder dem Pfandgläubiger noch auch dem Erben gegenüber eine persönliche Verbindlichkeit auferlegt worden. Es ist damit nur als Folgesatz des § 324 ausgesprochen, daß der Legatar die dingliche Last zu tragen, also die Ablösung derselben von dem Erben nicht zu fordern hat. —

---

gesagt: Vermächtnißnehmer haben als Singularsucceſſoren für keine Schulden ihres Erblaſſers, auch nicht für die auf den vermachten Sachen haftenden Pfandſchulden einzuſtehen. Iſt ein Honorirter genöthigt worden, eine ſolche Pfandſchuld zu bezahlen, ſo muß er den Rückgriff gegen den Schuldner, den er durch eine Verwendung aus ſeinem Vermögen von der Schuld befreite, nehmen können, wenn ihm nicht der Erblaſſer die Uebernahme der Schuld auferlegt hatte. Dieſes Letztere kann jedoch nicht vermuthet werden, da in dem bloßen Vermächtniſſe einer verpfändeten Sache nur die Abſicht, dem Bedachten die Sache zuzuwenden, nicht aber zugleich auch die weitere Intention, den Schuldner von ſeiner Schuldverbindlichkeit zu liberiren, zu erkennen iſt.

Dieſe Anſicht wird auch von Unger, das öſterr. Erbr. § 67 Note 1 als die richtige vertreten.

[1]) Vergl. art. 874. „Le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué etait grevé, demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel.“ Die verſchiedenen Anſichten über die Vereinigung beider Artikel ſ. bei Gilbert, les Codes annotés Vol. I p. 459. Vergl. auch Brauer, Erläut. über den Code Napol. II S. 430, 431.

[2]) Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 2 Art. 6: „Ebenermaßen ſoll es auch gehalten werden, wann jemanden ein verpfändet Gut verſchaft würde, ſintemahl der Erbe daſſelbe verpfändete Gut, ſo viel des Testatoris daran geweſen, einzulöſen, und dem es geſchaft, zuzuſtellen ſchuldig iſt.“ Erneuerte Frankf. Reform. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 20. „Wann der Teſtirer aber nicht die Einlöſung deſſelben verpfändeten Guts, ſondern das Gut ſelbſt (ſofern ihme, daß es, und wie es verpfändt, wol wiſſend) einem ſetzt: Alßdann iſt ſein des Teſtirers Erb, von Rechtswegen ſchuldig, ſolch Gut mit ſeinem Gelt einzulöſen, und dem Legatario, ſonder Entgeltnuß, zuzuſtellen.“ Revid. Land-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbeſſ. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 2. Fränckiſche Land-Ger.-Ord. Th. III Tit. 63 § 4. Baieriſches L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th.-III Kap. 7 § 11. Proj. des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Lib. 8 Tit. 2 § 24.

Der Legatar als bloßer Singularnachfolger tritt in die Schuldverhältnisse des Erblassers nicht ein, sondern ist nur verpflichtet, die auf der vermachten Sache haftenden Lasten als dingliche Schulden zu übernehmen. Diese Verpflichtung versteht sich, dem Berechtigten gegenüber, ganz von selbst, da sie in der Natur des dem Letzteren zustehenden dinglichen Rechts begründet ist.[1]) Sie ist daher auch nur dem Erben gegenüber in den §§ 325, 326 festgestellt, d. h. es ist darin bestimmt:

> daß der Erbe nicht verpflichtet ist, die vermachte Sache von der darauf haftenden Last zu befreien, sondern daß diese Last mit der Sache auf den Legatar übergeht.

Der § 326 legt also dem Legatar auch im Verhältnisse zum Erben keine weitere Verpflichtung auf, als ihm gegen den Berechtigten obliegt, sondern spricht nur den Erben von der Verpflichtung frei, für die Ablösung der Last zu sorgen.[2])

186. Standen dem Testator selbst in Betreff einer auf der vermachten Sache haftenden Hypothekenschuld die Rechte des Gläubigers zu, sei es, daß die Forderung schon bei Erwerbung der Sache auf seinen Namen eingetragen war, oder daß er dieselbe durch Befriedigung des Gläubigers vermöge der vom Gesetz fingirten Cession an sich gebracht hat, so ist es Sache der Willensauslegung, ob anzunehmen ist, der Testator habe den Legatar zu Gunsten des Erben mit dieser ungelöscht gebliebenen Hypothekenschuld belasten wollen. Im Zweifel wird man sich gegen eine solche Annahme zu erklären haben, weil in den Händen des Erblassers die Sache sich in der That als unbelastet darstellte, das Rechtsverhältniß des Erblassers zur Sache aber auf den Legatar als Singularnachfolger übergegangen ist.[3])

187. Der § 326 ist auch auf das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers zu beziehen. Hat daher der Testator die in seiner Miethwohnung befindlichen Möbeln einem Dritten vermacht, so ist der Erbe nicht verpflichtet, die Freigebung dieser von dem Vermiether zur Deckung des rückständigen Miethzinses zurückbehaltenen Sachen zu bewirken. — Ein ähnlicher Fall ist, wenn die vermachten Sachen bei

---

[1]) Vergl. Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 18. Mai 1858 (in Glaser's und Unger's Sammlung II Nr. 570).

[2]) Abweichend hiervon behandelt das Sächs. G.-B. § 2453 (s. oben S. 596) den Legatar geradezu als Schuldübernehmer.

[3]) Vergl. Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 163. Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 27. Februar 1863 (Entscheid. B. 49 S. 152 f.) A. M. ist Koch, Lehrb. des Preuß. Privatr. § 826.

Lebzeiten des Testators auf Antrag eines Personalgläubigers gepfändet werden und der Testator vor deren Verkaufe stirbt. Der Legatar muß die vermachte Sache in der Lage und in den Verhältnissen annehmen, in denen sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers befindet. Der Erbe hat ihm keinerlei Gewähr dafür zu leisten, auch ihn nicht gegen die von einem Erbschaftsgläubiger daran geltend gemachten Ansprüche zu vertreten (§§ 301. 305). — Anders liegt der Fall, wenn bei dem Vermächtnisse eines Grundstückes nach dem Tode des Erblassers, jedoch noch vor der Uebergabe an den Legatar ein Nachlaßgläubiger seine rechtskräftige Personalforderung im Wege der Execution auf das Grundstück eintragen läßt. Hier hat der Erbe das Grundstück von der Schuld zu befreien, da die vermachte Sache dem Legatar in dem faktischen und rechtlichen Zustande übergeben werden muß, in dem sie sich bei dem Tode des Erblassers befand.

188. Die aus der Zeit vor dem Tode des Erblassers herrührenden Rückstände der auf der Sache haftenden Lasten und Abgaben hat der Erbe zu berichtigen.[1])

189. Ist die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger selbst vermacht, so erlischt allerdings das Pfandrecht durch Vereinigung,[2]) die Forderung bleibt aber bestehen, es müßte denn der Wille des Erblassers, die Schuld mit dem Vermächtniß zu decken, nachgewiesen werden können.[3])

---

[1]) Ulp. l. 39 § 5 D. de leg. 1: Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquae forma.

Brunnemann, com. in P. ad l. cit nr. 7: Onera autem et tributa rei legatae inhaerentia praeterita solvit heres et ea libera tenetur praestare legatariis. Licet enim fiscus ob praeterita etiam tributa legatarium convenire possit, habet tamen hic regressum contra heredem. l. 5 D. de cens. Vergl. Sächs. bürgerl. G.-B. § 2440. „Der Vermächtnißnehmer ist verpflichtet . . . die auf der ihm vermachten Sache haftenden Lasten von Zeit der Erwerbung des Vermächtnisses — zu tragen . . ."

[2]) § 482 I. 16 A. L. R.

[3]) Paul. l. 85 D. de leg. 2: Creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur. l. 16 C. de leg. (6, 37): Creditor si a debitore suo rem, quam pignoris nomine susceperat, legatam sibi contendit, etiam debito ab heredibus ejus oblato, quominus restituat defendi potest.

Unger, das österr. Erbr. § 67 Note 2. Abweichend hiervon bestimmt die Fränckische Land-Ger.-Ordn. Th. III Tit. 63 § 5. „Würde auch jemand das Unterpfand, so er in seiner Gewalt und Hand hat, verschaffet, dabey

Von Geldvermächtnissen.

§ 328. «Besteht das Vermächtniß in einer bestimmten Geldsumme, so muß der Erbe dieselbe dem Legatario, von Ablauf der Ueberlegungsfrist an, landüblich verzinsen.»

190. Diese Vorschrift — eine bloße Folgerung aus dem im § 294 aufgestellten Rechtssatze und deshalb nur auf unbedingte und unbetagte Vermächtnisse anwendbar[1] — weicht vom gemeinen Rechte ab, welches den Erben nur im Falle des (durch Mahnung oder Litiscontestation herbeigeführten) Verzuges zur Verzinsung verpflichtet.[2] Es

aber nicht eigentlich, wie es mit dem Pfandschilling zu halten, versehen, mag der Legatarius das Unterpfand behalten, und ist nicht schuldig, dasselbige den Erben gegen Bezahlung des Pfandschillings folgen zu lassen, inmaßen auch die Erben den Pfandschilling zu bezahlen nicht schuldig, es wäre dann in dem Testament ein anderes versehen." Vergl. Rev. Land-R. des Hertz. Preußen von 1685 (Verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 2, woselbst der obige Schlußsatz sich nicht findet.

Bürgerl. Ges.-Buch für das K. Sachsen § 2454. „... Ist der Vermächtnißnehmer Pfandgläubiger, so erlöscht sein Pfandrecht und seine durch dasselbe gesicherte Forderung gegen den Erblasser..."

[1]) Bornemann VI S. 81 A. M. ist Koch, Kom. zu § 328.

[2]) l. 1 C. de usur. et fruct. leg. (6, 47): Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est... l. 4 eod.: In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis consequuntur, sive in rem, sive in personam agatur.

Carpzov, Jurispr. for. P. II const. 30 def. 20: ... regulariter usurae legatorum non a die mortis, ut male vulgo creditum est, sed a die morae debentur. Mora vero contracta videri non potest, priusquam legatarius agnoverit et petierit legatum ... nec proinde intelligitur mora ulla fieri, ubi nulla petitio est; interim ergo fructus percepti irrevocabiliter pertinebunt ad heredem, tanquam suo jure et bona fide percepti. (Ita Domini Mens. Jun. 1633: So seynd die Land-Erben solcher Verordnung nachzukommen und der Wittwen das Legatum der 600 Th. benebst den Landüblichen Zinsen von Zeit des Verzugs und gethanen Forderung an zu rechnen, ohne Abkürzung an baarem Geld abzustatten schuldig. Desgl. Mens. Maj. 1600: So seynd gedachte Erben solches Legatum ... bald nach Endigung des dreißigsten als der Testator gestorben, zu bezahlen schuldig gewesen, und da solches von ihnen nicht geschehen, so wären sie von berührter Zeit an, und weiter nicht, wofern sie um die Bezahlung gemahnet worden, davon die landüblichen Zinsen zu entrichten pflichtig.)

Auch nach dem Sächs. bürgerl. Ges.-B. kann der Vermächtnißnehmer Zinsen nur fordern, wenn der Beschwerte im Verzuge ist. Siebenhaar, Com. III S. 355.

bestand jedoch unter den älteren gemeinrechtlichen Juristen hierüber große Meinungsverschiedenheit,[1]) indem Mehrere, abgesehen von einer Mora, hier den Fall einer gesetzlichen Zinspflicht annahmen.[2]) So verordnet auch das Project des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Lib. 8 Tit. 2 § 44:

„Ferner muß der Erbe dem Legatario alle Früchte und Nutzungen praestiren, welche er aus dem Legato nach dem Absterben des Testatoris gehoben und genossen hat; folglich ist der Erbe auch schuldig, die Zinsen des legirten Capitals von der Zeit an zu bezahlen; weil sonst der Erbe sich ex re aliena bereichern würde."

191. Höher als landübliche Zinsen kann auch der Testator dem Erben nicht auferlegen.[3])

---

§ 330. «Die Frist zur Uebergabe oder Bezahlung der vermachten Sache oder Summe ist nur zu Gunsten des Erben bestimmt, welcher daher die Uebergabe oder Zahlung auch früher leisten kann.»

192. Ulp. l. 17 D. de R. J.: Quum tempus in testamento adjicitur, credendum est, pro herede adjectum, nisi alia mens fuerit testatoris: sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur.

Pompon. l. 1 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1): Quum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt (legata), quia certum est ea debitum iri.

l. 12 C. de fideic. (6, 42): Post mortem suam rogatum restituere hereditatem, defuncti judicio, et antequam fati munus impleat, posse satisfacere, id est, restituere hereditatem — explorati juris est.[4])

---

[1]) Vergl. auch oben S. 581.

[2]) So gelangen die Gebr. Overbeck, (Meditat. VI Nr. 327) bei Erörterung der Frage, von welcher Zeit an kommen dem Legatar die Zinsen von einem unbedingten Vermächtnisse zu, zu dem Ergebnisse: „Mit des Erblassers Tode kommt dem Legatar das Vermächtniß zu. Es kann ihm deshalb auch von diesem seinem Eigenthum der Nutzen nicht abgesprochen werden, wenigstens nicht von der Zeit, da der Erbe zu dem Besitze und Genuß der Erbschaft gelangt ist."

[3]) Ulp. l. 3 § 6 D. de ann. leg. (33, 1): Si cui certa quantitas legetur, et quoad praestetur in singulos annos certum aliquid, velut usuras, jusserit testator praestari, legatum valet, quatenus modum probabilem usurarum non excedit.

[4]) Vergl. l. 88 § 5 D. de leg. 2. l. 15 D. de ann. leg. (33, 1).

Wie weit Legatarii zu den Erbschaftslasten beitragen müssen.

§ 332. «Außer dem Falle des § 325 ist der Legatarius die Lasten der Erbschaftsmasse übertragen zu helfen nicht schuldig.»

§ 333. «Der Erbe kann also bloß aus dem Grunde, daß nach Berichtigung der Schulden und Vermächtnisse für ihn kein Erbtheil übrig bleibe, den Legatariis keine Abzüge machen.»

193. Durch die letztere Vorschrift ist der im römischen Recht zu Gunsten der Erben geltenden lex Falcidia[1]) die Aufnahme in das Preußische Recht versagt. Dieselbe konnte auch in unserem Recht keinen Boden gewinnen, da in Folge des im § 279 aufgestellten Grundsatzes jedes Interesse der Legatarien an dem Antritte der Testamentserben weggefallen ist.[2]) — Hiermit stimmen auch die neueren Gesetzgebungen überein.

---

[1]) pr. J. de leg. Falc. (2, 22): ...novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum; id est, ut sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret.

[2]) Auch in mehreren älteren deutschen Landrechten ist der Abzug der Quarta Falcidia ausgeschlossen. Vergl. Schilter, Exercit. ad P. 39 § 138.

So verordnet auch die Nürnberg. Reformat. Tit. 29 Ges. 10: „— soll — der eingesetzte Erb sich an dem, so ime von dem Geschefftiger vermaint ist, es sey gleich vil oder wenigh, es erreiche den vierten Teyl oder nit, begnügen lassen und nit Macht haben, sich gegen den Legatarien der gerechtigkeit der Falcidien oder Trebellianicae zu gebrauchen, und denselben nichts abzukürtzen." (Schilter l. c. Kraut, Grundriß § 196 Nr. 4.) Ebenso bestimmt das Project des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Lib. 8 Tit. 2 § 62. „— Weil nun diese Falcidia bloß aus der Furcht, daß das Testament entkräftet werden möchte, eingeführet, und dadurch zu unzähligen Subtilitäten und Streitigkeiten Anlaß gegeben worden; so haben Wir nöthig gefunden, gleich wie die Quartam Trebellianicam, also auch diese Falcidiam, gäntzlich aufzuheben..."

Dagegen folgen dem röm. Recht hierin:

die Erneuerte Frankf. Reform. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 4., das Württemb. Land-R. von 1610 Th. III Tit. 25 § 1. (Vergl. Griesinger, Commt. VI S. 580, 581, welcher die Meinung ausspricht, daß es weder dem Rechte der Vernunft, noch der Billigkeit gemäß sei, einen solchen Abzug zu machen, wie es das Falcidische Gesetz erlaubt), Baier. Land-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 14, wozu v. Kreittmayr bemerkt: „Das Recht der Vernunft weiß von diesem Abzug nichts, sondern er ist ein bloßer Partus juris civilis...." Fränckische Land-Ger.-Ord. Th. III Tit. 68.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 690. „Wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft ist, so hat der Erbe nichts weiter, als die Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen und eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung zu fordern. Will er den Nachlaß nicht selbst verwalten, so muß er um die Aufstellung eines Curators anlangen."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2443. „Wenn die Vermächtnisse aus der Erbschaft nach deren Betrage zür Zeit des Todes des Erblassers, unter Abrechnung der auf ihr ruhenden Lasten und Schulden, oder aus der Masse, auf welche sie gelegt sind, nicht voll entrichtet werden können, so sind sie verhältnißmäßig zu mindern." [1])

---

§ 334. «Reicht aber der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils, oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zu, so müssen die Legatarii, nach Verhältniß der ihnen geschehenen Zuwendungen, dazu mit beitragen, oder Abzug leiden.»

194. Der Legatar als bloßer Singularnachfolger hat mit den Nachlaßschulden nichts zu thun, diese liegen allein dem Erben, als dem Träger der Erbschaft ob.[2]) Nur mittelbar berühren dieselben den

---

[1]) Uebereinstimmend mit dem Großh. Hessischen Entw. Abth. III Art. 294. In den Motiven desselben (S. 170) ist bemerkt: Der Entwurf kennt eine Falcidische Quart ebensowenig wie eine Trebellianische, weil nach den Principien, welche er über das Verhältniß der gesetzlichen zur testamentarischen Erbfolge aufstellt, und nach den sich daran knüpfenden Consequenzen die Gründe sämmtlich verschwinden, welche im röm. Recht zur lex Falcidia geführt haben.

Dagegen bestimmt das Privatr.-Ges.-B. für den K. Zürich § 2092. „Auch wo kein Pflichttheil weitere Beschränkungen nöthig macht, sind die Erben, gesetzliche oder Testamentserben, berechtigt, zu verlangen, daß nicht mehr als neun Zehntheile ihrer Erbtheile durch Vermächtnisse aufgezehrt werden. — Demgemäß sind die Vermächtnisse, wenn sie zusammen dieses Maß überschreiten, je nach ihrem verhältnißmäßigen Werthe insoweit zu vermindern, daß jeder Erbe einen Zehntheil seines Erbtheils ungeschmälert behält." Vergl. die Motive in Bluntschli's Erläuter. IV S. 160, 161.

[2]) l. 15 C. de donat. (8, 54): Aeris alieni, quod ex hereditaria causa venit, non ejus, qui donationis titulo possidet, sed totius juris successoris onus est —. l. 7 C. de her. act. (4, 16): Creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem convenit: quippe quum evidentissime lex duodecim tabularum heredes hnic rei faciat obnoxios.

Code civ. „Le légataire à titre particulier ne sera point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs ainsi qu' il est dit ci-dessus, et sauf l'action hypothécaire des créanciers."

Legatar, ſofern ſie den dem Letzteren zu ſeiner Befriedigung dienenden Fonds — das Aktivvermögen des Erblaſſers — ſchmälern oder ganz erſchöpfen. Denn da das Vermächtniß eine von dem Teſtator angeordnete, nach ſeinem Tode in Vollzug zu ſetzende Schenkung iſt,[1]) ſo kann daſſelbe, den Erbſchaftsgläubigern gegenüber,[2]) nur in Wirkſamkeit treten, wenn und ſoweit ſich ergibt, daß der Erblaſſer bei ſeinem Tode nach Abzug der Schulden und Laſten noch etwas zu verſchenken hatte.[3])

---

[1]) § 1 J. de leg. (2, 20): legatum est donatio quaedam a defuncto relicta. Florent. l. 116 pr. D. de leg. 1: legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

[2]) Anders dem Erben ohne Vorbehalt gegenüber, weil dieſer auch den Legatarien mit ſeinem eigenen Vermögen verhaftet iſt. S. „Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts“ II S. 52 f. Vergl. Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. 11 §§ 12—14. Pufendorf, obs. jur. univ. II obs. 100. Arndts, Lehrb. der Pand. § 525.

[3]) Ulp. l. 66 § 1 D. ad L. Falc. (35, 2): Sicut legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit: nec mortis causa donationes debebuntur, sed infirmantur per aes alienum. Quare, si immodicum aes alienum interveniat, ex re mortis causa sibi donata nihil aliquis consequitur. Id. l. 1 § 11 i. f. D. si cui plus (35, 3): — plerumque evenit, ut emergente debito, vel conditione aeris alieni existente, totum, quod legatum est exhauriatur ... l. 15 C. de leg. (6, 37): Si universae facultates, quas pater vester reliquit, debito fiscali aut privato absumuntur, nihil ex his, quae testamento ejus adscripta sunt, valere potest. Quodsi deducto debito in relictis bonis superfluum est, libertates impediri juris ratio non permittit. Quin etiam legata nec non fideicommissa — praestanda sunt. l. 16 eod. Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 7 nr. 9, 10: Praeferuntur creditores omnibus legatariis. In summa: Legata ex testamento ejus, qui solvendo non est, plane inutilia sunt. Satis absurdum enim esset, creditoribus jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas paratas leges accommodare.

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 18. Non debentur legata, nisi post exsolutionem aeris alieni et legitimae liberorum.

Württemb. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 24 § 10. „Wir ſetzen und wöllen auch, daß, auff abſterben deß Teſtierers, die Legata — ohnverzugenlich der Verordnung gemäß geraicht; doch zuvorderſt — deß Teſtierers Schulden gäntzlich außgericht und bezahlt werden ſollen.“ (Wörtlich aufgenommen in das Revid. L.-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 und Verbeſſ. L.-R. des K. Preußen von 1721 Buch V Tit. 8 Art. 4 § 3.) Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 10. „— Dahingegen haftet der Legatarius 7mo um die Schulden des Vermächters, jedoch nur pro Quantitate Legati, und in Subſidium, ſoweit nämlich die übrige Verlaſſenſchaft zur Zahlung nicht mehr hinreicht, weil man weder Legaten noch Erbſchaften

Zu den Nachlaßschulden gehören auch die Begräbniß-, Testaments- und Inventurkosten,[1]) erstere jedoch mit Ausschluß jedes unnöthigen Aufwandes.[2]) Eine Erbschaftslast bildet ferner der Pflichttheil, zu dessen Ergänzung der § 334 die Legatarien im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses ausdrücklich herangezogen wissen will.[3]) Die gleiche Vorschrift — mit dem allerdings beachtenswerthen Unterschiede, daß der Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Entrichtung oder Ergänzung

---

andergestalt, als nach Abzuge der Schulden prätendiren kann..." Proj. des Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Lib. 8 Tit. 2 § 41 Nr. 4: „Im übrigen verstehet sich von selbst, daß der Erbe nicht schuldig sey, das Legatum zu praestiren, als nach Abzug aller Schulden, weil die Legata aus dem Vermögen und den Gütern des Testatoris bezahlt werden, es kan aber kein Vermögen als nach Abzug der Schulden gerechnet werden." Oesterr. bürg. G.-B. § 692. „Reicht die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßiger Auslagen, und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zu; so leiden die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug. Daher ist der Erbe, so lange eine solche Gefahr obwaltet, die Vermächtnisse ohne Sicherstellung zu berichtigen nicht schuldig." Bürg. G.-B. für das K. Sachsen § 2443 s. oben Nr. 193.

In Betreff des gemein. Rechts ist auch zu verweisen auf die Abhandl. des Prof. Fritz: Ueber die Collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben (im Archiv für die civ. Praxis XII S. 226 ff.).

[1]) s. oben S. 167, 168.

Württemb. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 24 § 10. „Wir setzen und wöllen auch, daß, auff absterben deß Testierers, die Legata — ohnverzugenlich der Verordnung gemäß geraicht; doch zuvorderst die Funeralia und dasjhenige so auff die Leich und Begräbnus, wie auch auffs Inventieren gegangen —, bezahlt werden sollen."

[2]) Paul. l. 1 § 19 D. ad L. Falc. (35, 2): ... Marcellus consultus, an funeris monumentique impensa, quantam testator fieri jussit, in aere alieno deduci debeat, respondet, non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumtum est, deducendum; nam ejus, quod in exstructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam, nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse ut si funus ac sepultura ... Marcell. l. 2 eod.: nec amplius concedendum erit, quam quod sufficiat ad speciem modicam monumenti.

Oesterr. bürg. G.-B. § 549 s. oben S. 167.

[3]) So verordnet auch das Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 § 26: „— so mögen die enterbte und umgangene Kinder dasselbe Testament anfechten und umstoßen: doch sollen die im Testament verordnete Legata kräftig seyn, und durch die Erben ausgerichtet werden; es wäre dann Sache, daß dieselbe Legata der Kinder gebührende legitimam überträffen, so mögen sie ihre legitimam zuvor abziehen, und von den übrigen Gütern, soweit sich dieselbe erstrecken, die Legata nach Anzahl entrichten."

des Pflichttheils darin nicht gedacht wird — enthält der § 434 Tit. 2 Th. II des Allgem. Landrechts, dahin lautend:

> „Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem solchen Kinde zukommenden Pflichttheils müssen die übrigen Erben und Legatarien, nach Verhältniß ihrer Portionen, beitragen."

Unser höchster Gerichtshof hat jedoch hierin eine Abweichung von dem § 334 d. T. nicht gefunden und deshalb durch das, auch späterhin festgehaltene Präjudiz Nr. 2541 vom 22. Mai 1854 ausgesprochen:

> Legatarien sind zum Pflichttheil der Notherben nicht unbedingt, sondern nur bei unzureichendem Nachlasse nach Verhältniß ihrer Legate beizutragen oder Abzug zu leiden schuldig.[1])

Gleichwohl stehen dieser Ansicht erhebliche Bedenken entgegen,[2]) insbesondere, daß in den Anmerkungen zum gedruckten Entwurf Th. I Abth. 5. 6. 211 ausdrücklich gesagt ist:

> „Nur so viel kann das Gesetz mit Grund vermuthen, daß der Erblasser, wenn er sich den Fall einer Schwächung der Masse durch den von dem enterbten Kinde hinweg zu nehmenden Pflichttheil gedacht hätte, den Testamentserben mit Legaten und andern Abgaben weniger belastet haben würde, woraus folgt, daß die Abfindung des Kindes mit seinem Pflichttheile nicht den Erben allein, sondern auch die Legatarien nach Verhältniß ihrer Theilnahme an der Masse treffen müsse." [3])

---

[1]) Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 28 S. 86 ff. Vergl. das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 15. Februar 1856 (Striethorst, Archiv B. 19 S. 355 ff.).

[2]) Vergl. die in den Gründen des in der vorhergehenden Note zuletztgedachten Erkenntnisses mitgetheilten Ausführungen der Nichtigkeitsbeschwerde.

[3]) Eine dem oben angeführten § 434 völlig entsprechende Bestimmung enthält auch das Oesterr. bürg. Ges.-Buch § 783. „In allen Fällen, wo einem Notherben der gebührende Erb- oder Pflichttheil gar nicht, oder nicht vollständig ausgemessen worden ist, müssen sowohl die eingesetzten Erben als auch die Legatare verhältnißmäßig zur vollständigen Entrichtung beitragen." Auch hier sind in Betreff dieser Beitragspflicht die Legatarien den Erben ganz gleichgestellt und keine Andeutung von einer nur subsidiarischen Verpflichtung der Ersteren zu finden. Mit Recht tritt daher Unger, das österr. Erbr. § 85 Note 4 der Ansicht einiger österreich. Rechtslehrer entgegen, daß die Legatare nicht mit den Erben zugleich, sondern nur in subsidium zur Bedeckung des Pflichttheils beizutragen haben, indem er insbesondere auf das Vorbild des Preuß. Landr. (II. 2 § 434) hinweist und außerdem geltend macht: „daß durch die Anordnung des § 783 der vermuthliche Wille des Testators getroffen werden sollte, der, wenn er die Auszahlung des Pflichttheils vorhergesehen hätte, zum Zweck der Ausscheidung der erforderlichen Summe aller Wahrscheinlichkeit nach die Antheile sowohl der Erben als der Legatare verhältnißmäßig herabgemindert hätte, und daß selbst nach Röm. R.

195. Alle Vermächtnisse ohne Unterschied sind der im § 334 festgesetzten Beitragspflicht unterworfen,[1]) auch die Prälegate,[2]) das Vermächtniß einer Passivschuld des Legatars (liberatio legata),[3]) das Vermächtniß einer Passivschuld des Erblassers (debitum legatum), soweit dasselbe auf einer Freigebigkeit beruht, also dem Legatar einen Vortheil zuweist, auf den er als Gläubiger keinen Anspruch hatte,[4]) ferner Ver-

---

in Folge des den Erben verstatteten Abzugs der Falcidischen Quart die Legatare unter Umständen indirekt zur Ergänzung des Pflichttheils beitragen müssen (Arndts im R.-L. VIII S. 139, 140)."

In Betreff des Sächsischen Rechts bemerkt Siebenhaar, Com. III S. 406: „Hat der Erblasser in einem letzten Willen oder einem Erbvertrage Erben ernannt und diesen Vermächtnisse aufgelegt, so sind diese — berechtigt, so viel, als zu der Befriedigung des Pflichttheilsberechtigten nöthig ist, von den Vermächtnissen in Abzug zu bringen, beziehentlich von den Vermächtnißnehmern zurückzufordern." — So bestimmt auch das Zürcherische Ges.-Buch § 2045. „Im Zweifel ist anzunehmen, daß sowohl an den Erbtheilen, insoweit dieselben auf letztwilliger Verordnung beruhen, als an den Vermächtnissen nach Verhältniß ihres Werthes der zur Ergänzung des Pflichttheils nöthige Abzug zu machen sei ..."

[1]) Das Oesterr. G.-B. macht eine Ausnahme in Betreff des Alimentenlegates, indem es § 691 bestimmt: „Können nicht alle Legatare aus der Verlassenschaftsmasse befriedigt werden; so wird das Legat des Unterhaltes vor allen anderen entrichtet —." Vergl. übrigens Sächs. bürg. G.-B. § 2445. „Ein Vermächtniß, dessen Entrichtung der Erblasser vor allen anderen angeordnet oder rücksichtlich dessen er die Minderung verboten hat, unterliegt der Minderung nur, wenn die Erbschaft oder die zu Entrichtung des Vermächtnisses bestimmte Masse zu dessen ausschließlicher Entrichtung nicht ausreicht." Unger § 66 Note 5.

Nach Lübischem Recht (Lib. II Tit. 1 § 7) waren die legata ad pias causas vor allen übrigen Vermächtnissen zu entrichten.

„Ordnet jemandt seinen letzten willen und Testament, er sey gesundt oder krank, so sol man von dem Testament erstlichen bezalen die Schuldt, darnach was zu Gottes ehr und milden Sachen gegeben ist, umb das übrige sol es ergehen nach laut des Testaments."

[2]) aber auch sie nur in gleicher Weise wie die übrigen Vermächtnisse. Wenn daher der Nachlaß zur Berichtigung der Schulden und sämmtlicher Vermächtnisse nicht hinreicht, so hat der Erbe in Ansehung der ihm zugewiesenen nur einen verhältnißmäßigen Abzug, gleich den übrigen Legatarien, zu erleiden.

[3]) Paul. l. 22 § 3 D. ad L. Falc. (35, 2): Si debitori liberatio legata sit, quamvis solvendo non sit, totum legatum computetur, licet nomen hoc non augeat hereditatem, nisi ex eventu ... capere enim videtur eo, quod liberatur. cf. l. 82 eod.

[4]) cf. Paul. l. 1 § 10 D. ad L. Falc. (35, 2): Si quis creditori suo, quod debet, legaverit, aut inutile legatum erit, si nullum commodum in eo ver-

mächtniſſe, deren Gegenſtand eine vom Erben zu leiſtende Handlung iſt,[1]) Vermächtniſſe untheilbarer Gegenſtände.[2]) Bedingte Legate kommen vorläufig nicht in Anſchlag; doch kann der Erbe von den übrigen Legataren eine Caution auf Höhe desjenigen Betrages verlangen, den ſie zu erſtatten haben, falls die bedingten Legate zur Wirklichkeit gelangen.[3]) Dagegen ſind die von einem beſtimmten Tage an zu bezahlenden Legate auch vor Eintritt des Termins, jedoch unter Anrechnung der dem Erben bis dahin gebührenden Nutzungen, in Anſatz zu bringen.[4])

196. Hat der Legatar das wegen Unzulänglichkeit des Nachlaſſes der Verkürzung unterliegende Vermächtniß vollſtändig erhalten, ſo ſteht ſowohl dem Erben[5]) als auch den dadurch benachtheiligten Erbſchaftsgläubigern[6]) die Klage gegen Jenen auf Rückgabe des Zuvielempfangenen zu.

197. Die Vorausſetzung der in den §§ 334 f. den Legataren auferlegten Beitragspflicht iſt die Unzulänglichkeit des Nachlaſſes. Dieſe Vorausſetzung hat daher der Erbe zu beweiſen[7]) und zwar durch Vor-

---

sabitur, aut si propter repraesentationis (puta) commodum utile erit, lex quoque Falcidia in eo commodo locum habebit. Geſ.-Reviſion, Penſum XVI S. 165: Das Vermächtniß einer Paſſivſchuld des Erblaßers, im Falle der Legatar dadurch nichts mehr und nichts früher erhält, als ihm wirklich zukam, iſt dem Abzuge nicht unterworfen. Vergl. auch Sächſ. G.-B. § 2444.

[1]) cf. Scaev. l. 19 D. ad L. Falc. (35, 2): Si dignum decem fundum damnetur heres quinque vendere, sine dubio quinque erunt imputanda Falcidiae. l. 30 § 1 eod.

[2]) cf. Gaj. l. 80 § 1 D. ad L. Falc. (35, 2): . . . Haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali. Papin. l. 7 eod: Lege Falcidia interveniente legata servitus, quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur aestimatio. Vergl. Sächſ. Geſ.-B. § 2450.

[3]) l. 73 § 2 D. ad L. Falc. l. 45 § 1 eod. Vergl. dagegen Sächſ. G.-B. § 2447.

[4]) l. 73 § 4 D. l. c. l. 45 pr. eod. Sächſ. G.-B. § 2446.

[5]) Die Klage des Erben iſt die condictio indebiti, deren Vorausſetzungen daher vorliegen müſſen cf. l. 9 C. ad L. Falc. (6, 50), l. 9 § 5 D. de jur. et fact. ign. (22, 6), l. 31 D. ad L. Falc. (35, 2) l. 1 § 9 D. si cui plus (35, 2).
Vergl. Erbſchafts-Edict vom 30. April 1765 Abth. I § 10 (ſ. oben S. 193).

[6]) ſ. oben S. 192 Nr. 98.
Vergl. Leyser, med. ad P. spec. 379 m. 3. — Code civ. art. 809.

[7]) Donell, de Probationibus cap. II p. 252, 253: heres cum legi Falcidiae locum esse dicit, ne aut legatum, aut totum praestare cogatur, quamvis

legung eines vollständigen Nachlaßinventars.[1]) — Es kommt dabei zunächst der Zustand des Vermögens zur Zeit des Todes des Erblassers in Betracht. Nach römischem Recht entscheidet dieser Zeitpunkt allein über die den Legatarien zu machenden Abzüge.[2]) Nach unserem Recht erleidet jedoch das in dieser Hinsicht bestehende Rechtsverhältniß eine Abänderung durch die spätere Vermehrung[3]) so wie durch die ohne

---

reus sit, id implere cogatur, ac, nisi faciat, condemnabitur: quia scil. legatarius cum legatum petit ex eo testamento, quod valere non ambigitur, intentione justa utitur, qua legatum consequatur: ac nisi quid causae alleget heres, cur legatum praestare non debeat, condemnari ipsum necesse est. Nunc hac exceptione ex lege Falcidia se tuetur, legatum quidem esse, sed hereditatem non esse solvendo, ut quidem omni deducto alieno aere satis sit ad legati exsolutionem. Id cum dicat ita esse, etiam probabit, non legatarius, qui agit: quamvis res ejusmodi sit, ut subducta patrimonii ratione probari possit a legatario hereditatem esse solvendo, et ideo non esse legi Falcidiae locum.

Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproz. S. 356, 357.

[1]) Brunnemann, com. in C. ad. l. 11 de prob. (4, 19) nr. 4: Sic si heres negaret, tantum esse in bonis, quantum testator legasset, heredis est probare negationem, nisi pro se habeat inventarium, quo casu legatarii deberent contrarium probare. Mascardi concl. 887 nr. 7. — Hierbei kommen auch die Nachlaßforderungen des Erben in Betracht (l. 6 pr. C. ad L. Falc. 6, 50) so wie umgekehrt die Forderungen des Erblassers an den Erben (l. 1 § 18 D. eod. 35, 2).

[2]) § 2 J. de L. Falc. (2, 22): Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si, verbi gratia, is qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legauerit: nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per seruos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, vt centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit, sed necesse est, vt nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diuerso si septuaginta quinque legauerit, et ante aditam hereditatem in tantum excreuerint bona, incendiis forte, aut naufragiis, aut morte seruorum, vt non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem: quae res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci. (entnommen aus Gaj. l. 73 pr. D. eod. 35, 2). cf. l. 30 pr. § 2 eod. Berger, Responsa I nr. 255. Diesen Grundsatz hat auch das Sächs. bürg. G.-B. § 2443 (s. oben S. 603) aufgenommen. Vergl. Unger, § 66 Note 1.

[3]) Dies ist ausdrücklich ausgesprochen im § 361 d. T. „Von einem solchen Zuwachse (der Erbschaft, welcher sich in der Folge ereignet) müssen aber zuvörderst den Legatariis die vorhin gemachten Abzüge, jedoch ohne Zinsen, ergänzt werden."

Schuld des Erben eingetretene Verminderung der Erbschaft. Es folgt dies daraus, daß der Benefizialerbe (und mit einem solchen haben wir es hier allein zu thun) trotz seiner Erbeseigenschaft, den Erbschaftsgläubigern und Legatarien gegenüber, die Stellung eines bloßen Verwalters des Nachlasses einnimmt[1]) und daher die zu ihrer Befriedigung auf den Nachlaß gewiesenen Personen an den zufälligen Vortheilen oder Nachtheilen dieser Verwaltung gleichmäßig Theil nehmen.[2]) — Was die spätere Verminderung der Erbschaft betrifft, so kommt der Fall in Frage, wenn der Erbe aus dem bei dem Tode des Erblassers vollkommen zulänglichen Nachlasse die ausgesetzten Vermächtnisse berichtigt, später aber durch Zufall ein großer Theil des Nachlasses verloren geht, so daß der Ueberrest zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger nicht hinreicht. Dieser Zufall kann die bereits befriedigten Legatare nicht berühren, da sie nur das nach dem damaligen Zustande der Erbschaft ihnen wirklich Gebührende erhalten haben.[3])

198. Die §§ 336 bis 350 enthalten sehr ausführliche Bestimmungen über die Feststellung der von den Legatarien zu leistenden Beiträge, welche zum großen Theil mit den Grundsätzen des römischen Rechts rücksichtlich der Anwendung der lex Falcidia übereinstimmen.[4])

---

§ 351. «In dem Verhältnisse, wie der Vortheil des Haupt-Legatarii durch den Beitrag zu den Erbschaftslasten geschmälert wird, vermindert sich auch der Vortheil desjenigen, welchem dieser, nach dem Willen des Erblassers, ein Vermächtniß zu entrichten schuldig ist.»

199. Maecian. l. 32 § 4 D. ad L. Falc. (35, 2): Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, quum ipse quoque quinque Sejo rogatus esset restituere, Vindius noster tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum ait, quantum Titio ex viginti detractum esset. Quae sententia et aequitatem et rationem magis habet, quia exemplo heredis legatarius ad fideicommissa praestanda obligabitur. Nec, quia ex sua persona legatarius

[1]) s. oben S. 177, 178.

[2]) Vergl. „Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" I S. 184 f.

[3]) Vergl. auch oben S. 191, 192.

[4]) So in Betreff die Abschätzung (§ 336) l. 15 § 8 l. 42 l. 62 § 1 D. h. t. (35, 2), der Verschlimmerungen l. 1 § 15 D. si cui plus (35, 3), des Nießbrauchs und Rentenlegats l. 1 § 19, l. 81 pr., l. 55, l. 68 pr. D. h. t. Vergl. Oesterr. G.-B. § 693. Sächs. G.-B. §§ 2448, 2449.

inducere legem Falcidiam non possit, idcirco, quod passus esset, non imputaturum, nisi forte testator ita fidei ejus commisisset, ut totum, quicquid ex testamento cepisset, restitueret.[1])

Was Rechtens sei, wenn der Nachlaß durch Vermächtnisse erschöpft wird.

§ 352. «Nach vorstehenden Grundsätzen müssen sämmtliche Legatarii, im Verhältnisse des auf sie kommenden Vortheils, die übrigen Lasten der Erbschaft auch alsdann tragen, wenn der ganze Nachlaß durch einzelne Vermächtnisse erschöpft ist.» [2])

200. Der hier hervorgehobene Fall ist bereits in der Vorschrift des § 334 („Reicht der Nachlaß . . . zur Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zu —") begriffen. Es bedurfte daher nicht der Wiederholung desselben, am wenigsten unter einem besonderen Marginale. Auch die folgenden §§ 353—361 enthalten nur weitere Bestimmungen über die Anwendung der in den §§ 333 und 334 aufgestellten Grundsätze; die §§ 362—365 endlich gehören gar nicht hierher, da sie die Entsagung der Erbschaft betreffen — einen Fall, der bereits in den §§ 406—410 Tit. 9 [3]) vollständig geregelt ist.

Vom Recht des Zuwachses bei Legaten. [4])

§ 366. «Ein Vermächtniß, welches der Legatarius nicht annehmen kann oder will, fällt, in Ermangelung eines dazu von dem Testator ernannten Substituten, an die Erbschaftsmasse zurück.»

201. Die Ausschlagung des Vermächtnisses macht den ipso jure

---

[1]) Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung (Düsseld. 1850) S. 40, 41: Wenn ein Beschwerter das ihm Hinterlassene nicht vollständig erlangt, so kann er das nicht Erlangte den auf ihn Angewiesenen in verhältnißmäßige Berechnung bringen. Die Auflage also, wie sie gemacht ist, gilt als unter der Voraussetzung gemacht, daß er das ihm Zugewendete vollständig erlange. Jedoch war in dieser Beziehung zwischen den röm. Juristen keine durchgehende Uebereinstimmung. Die Stellen, in denen eine solche Voraussetzung anerkannt wird, sind: l. 43 § 3 D. de condit. (35, 1), l. 32 § 4 D. ad L. Falc. (35, 2), l. 43 pr. § 2 D. de condit. (35, 1), l. 19 D. de jur. coll. (29, 7.)

[2]) Vergl. v. Schirach, Ueber den Fall eines concursus legatorum (im Archiv für die civ. Praxis II S. 271—276).

[3]) s. oben S. 117 f.

[4]) Ueber das Anwachsungsrecht unter Legataren nach gemeinem Recht vergl.

eingetretenen Rechtserwerb wieder rückgängig.[1]) Die Vermächtniß-anordnung fällt zuſammen, der dadurch Belaſtete wird befreit,[2]) alſo die Erbmaſſe, wenn — wie es die Regel iſt — das Vermächtniß aus derſelben zu entrichten war.[3]) — Eine theilweiſe Ausſchlagung iſt wirkungslos;[4]) wohl aber kann von mehreren Vermächtniſſen das eine angenommen, das andere ausgeſchlagen werden.[5])

M. S. Mayer, das Recht der Anwachſung bei dem teſtamentlichen und geſetzlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideic. (Tübingen, 1835) S. 85 f. S. 153 f. K. A. Schneider, das altcivile und juſtinianiſche Anwachſungsrecht bei Legaten und die caducariſchen Beſtimmungen der lex Julia et Papia (Berlin, 1837). Witte, in Weiske's Rechtslex. I S. 270 f. S. 313—325. Burchardi, über das Anwachſungsrecht bei Vermächtniſſen (in Bekker's und Muther's Jahrbuch V (1862) Nr. 1. Seuffert, Archiv II Nr. 211. III Nr. 83. v. Bangerow, über das Anwachſungsrecht bei Prälegaten (im Archiv für die civil. Praxis Bd. 35 S. 260 f.). Zu Betreff des Preuß. Rechts vergl. Contenius, Beitrag zur Lehre vom Zuwachsrechte der Kollegatare (in der Preuß. Anwalts-Zeit. 1863 S. 153 f.).

[1]) Pompon. l. 38 § 1 D. de leg. 1: Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo est, quasi nec legatum quidem sit... Julian. l. 86 § 2 eod.: Quum servus legatur, et ipsius servi status, et omnium, quae personam ejus attingunt, in suspenso est; nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur...

Donell. com. de jur. civ. Lib. VIII cap. 18 § 21: Repudiationis haec vis est, ut quandocunque legatarius legatum non prius agnitum ad se pertinere noluerit, jam a principio res legata videatur fuisse heredis, nunquam legatarii: denique perinde sit, quasi non fuisset legata. Brinz, Lehrb. der Pand. § 221. Bürgerl. Geſ.-Buch für das K. Sachſen § 2427. „Schlägt der Bedachte das Vermächtniß aus, ſo gilt es als nicht angefallen."

[2]) l. un. § 4 C. de cad. toll. (6, 51): — manere apud eos a quibus sunt derelicta, heredes forte vel legatarios vel alios, qui fideicommisso gravari possunt, nisi et in hunc casum vel substitutus vel conjunctus eos antecedat.

[2]) Oeſterr. bürgerl. Geſ.-Buch § 689. „Ein Vermächtniß, welches der Legatar nicht annehmen kann oder will... bleibt in der Erbſchaftsmaſſe."

[4]) Pompon. l. 38 pr. D. de leg. 1: Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest, heredes ejus possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet. Paul. l. 4 D. de leg. 2: Neminem ejusdem rei legatae sibi partem velle, partem nolle, verius est. Gaj. l. 58 eod.: Si cui res legata fuerit, et omnino aliqua ex parte voluerit suam esse, totam acquirit.

Donell. com. de jur. civ. Lib. VIII cap. 18 § 12. Sächſ. bürgerl. G.-B. § 2428: „Eine theilweiſe Annahme oder Ausſchlagung des Vermächtniſſes iſt wirkungslos."

[5]) Paul. l. 5 pr. D. de leg. 2: Sed duobus legatis relictis unum quidem repudiare, alterum vero amplecti posse, respondetur. cf. Id. l. 6 eod.: Grege autem legato non possunt quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. Idemque dicemus peculio legato, aut

202. Der im § 367 vorgesehene Fall, wenn der ausfallende Legatar mit Vermächtnissen belastet ist, ist bereits zu § 293 (s. oben S. 565) erörtert.

---

§ 368. «War ein Vermächtniß mehreren Personen zugleich und ungetheilt beschieden, so wächst der ausfallende Antheil des Einen, in Ermangelung eines Substituten, den übrigen Mitgenossen zu.»

§ 369. «Dieser Zuwachs geschieht nach eben dem Verhältnisse, nach welchem der Testator die Quoten eines jeden Legatarii an dem ganzen Vermächtnisse bestimmt hat.»

§ 370. «Ist dergleichen Verhältniß von dem Erblasser nicht angegeben, so erwerben die Mitgenossen den Zuwachs zu gleichen Theilen.»

§ 371. «Uebrigens gilt, wegen des Zuwachses bei Vermächtnissen, eben das, was wegen des Zuwachses bei den Erbtheilen verordnet ist (§ 281 ff.).»

§ 372. «Doch fallen, wenn der Testator den Zuwachs unter den Legatarien verboten hat, die erledigten Vermächtnisse nicht an den Intestat-, sondern an den Testaments-Erben.»

203. Wie nach unserem Recht das Anwachsungsrecht unter Erben auf dem vermuthlichen Willen des Erblassers beruht,[1]) so ist dies auch bei dem Anwachsungsrecht unter Legataren der Fall.[2]) — Am unzweideutigsten

---

veste, aut argento et similibus. Sächs. G.-B. § 2429. „Von mehreren Vermächtnissen kann der Bedachte das eine ausschlagen, das andere annehmen . . ."

[1]) s. oben S. 543.

[2]) Hierin stimmt unser Recht mit dem römischen überein.

Mantica, de conject. ult. volunt. Lib. X tit. 3 nr. 3 sq. Jus accrescendi inducitur ex tacita voluntate, quae colligitur ex conjunctione. Bynkershoek, Obs. jur. Rom. Lib. II cap. III: — Inter legatarios et jus accrescendi est, et ejus origo ex mente et verbis testantium. Mens autem illa ex eorum, qui vocantur conjunctione intelligitur, et haec rursus ex verbis, quae conjungunt, unde „ex sermonis unione" jus accr. esse dixit l. un. C. de cad. toll. Vinnii com. in § 8 J. 2, 20 fr. 4: — in legatis locum habet (jus accresc.) non ex necessitate aliqua aut dispositione, sed ex sola praesumta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos

ſpricht ſich der Wille des Erblaſſers aus, wenn Mehreren eine und dieſelbe Sache ungetheilt beſchieden iſt, ſo daß erſt durch ihr Zuſammentreffen ſich Theile bilden. [1]) Findet ein ſolches Zuſammentreffen nicht ſtatt,

---

singulos partem quidem habere velle intelligitur, et legatum scindi, si concurrant: si vero non concurrant, solidum, postposito herede. Proinde et inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 2 def. 18: — in legatis causa juris accr. est sola voluntas testatoris, cum posset citra ullam absurditatem juris aut rationis, pars deficiens manere in hereditate. ...Cessante ergo ratione hujus juris accresc. in legatis, ipsum quoque jus accresc. ex causa vacantiae deficit. Adeoque pars legati vacans nunquam sine conjunctione collegatario accrescit, sed vel heredi testamentario vel ab intestato cedit.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 30. April 1822: Das Anwachſungsrecht unter Collegataren beruht auf der Vermuthung, daß damit der Willensmeinung des Teſtators entſprochen werde, daß der Erblaſſer den ganzen Gegenſtand des Vermächtniſſes jedem der Mitberufenen gegönnt habe und die Beſchränkung auf Theile nur eben als Folge der Berufung mehrerer gleichberechtigter eintrete. Die gedachte Vermuthung muß aber unwirkſam ſein, wenn eine abweichende Willensmeinung des Teſtators vorliegt ... (Seuffert, Archiv II Nr. 211.) Vergl. Conenius a. a. O. S. 153, 154.

[1]) § 8 J. de leg. (2, 20): Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo pervenerint ad legatum, scinditur inter eos legatum; si vero alter deficiat (quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quolibet modo defecerit) totum ad collegatarium pertinet. Cels. l. 80 D. de leg. 3: Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est: totam hereditatem, et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Frag. Vat. § 79: — totiens jus accrescendi esse, quotiens in duobus, qui solidum habuerunt, concursu divisus est.

Erneuerte Frankf. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 9. „Wann vielen ein Gut ſamptlich legirt wird, ohn Erklärung, wie viel ihre jeder daran haben ſolle: So wird verſtanden, daß es under ſie zugleich vertheilt ſoll werden. Wann auch derſelben Legatarien einer deß Teſtirers Todt nicht erlebte, So fällt deſſelben Antheil, nicht dem TeſtamentErben, ſondern den andern Mitlegatarien zu: Sofern es im Teſtament nicht anderſt verſehen were." (Uebereinſtimmend mit dem Württemb. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 24 § 4.)

Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 13. „Stehen mehrere Collegatarii in einem Vermächtniſſe beyſammen, und will oder kann einer aus ihnen ſeinen Legats-Antheil nicht haben, ſo fällt ſolcher nicht ad massam hereditariam, ſondern wächſt dem Collegatarius, oder falls derſelben mehrere ſind, jedem zu gleichen Theilen — zu ..."

Bürgerl. Geſ.-Buch für das K. Sachſen § 2431. „Iſt ein und daſſelbe Vermächtniß Mehreren in getrennten Sätzen hinterlaſſen, ſo wächſt, wenn einer wegfällt, der dadurch erledigte Theil den übrigen an..." § 2432. „Iſt ein und daſſelbe Vermächtniß Mehreren ohne Angabe, wie viel ein Jeder von ihnen erhalten ſoll, in einem Satze hinterlaſſen, ſo ſteht, wenn einer

weil der Eine oder Andere der Bedachten weggefallen ist, so behalten die Uebrigen das Ganze.[1] — Anders liegt allerdings der Fall, wenn eine Sache Mehreren unter einer Theilbestimmung beschieden ist, wohin auch die ausdrücklich zu gleichen Theilen erfolgte Zuwendung einer und derselben Sache an mehrere Personen gehört. Nach classischem römischem Recht war hier das Anwachsungsrecht ausgeschlossen.[2] Schon Justinian hat jedoch durch l. un. C. de cad. toll. (6, 51) die Regel: partibus collegatariorum a testatore adjectis, cessat jus accrescendi, aufgehoben.[3] Jedenfalls ist dieselbe durch die gemeinrechtliche Praxis beseitigt.[4] Am wenigsten kann die Zulassung des

---

wegfällt, den übrigen die Wahl zu, ob sie den erledigten Theil annehmen oder ausschlagen wollen ..." (Siebenhaar, Com. III S. 353 bemerkt dazu: Das Princip, auf welchem das Anwachsungsrecht unter Vermächtnißnehmern beruht, ist nach dem b. G.-B. das, daß, wenn ein und dasselbe Vermächtniß Mehreren, ohne Bestimmung der Theile, nach welchen sie es haben sollen, ausgesetzt worden, jeder Vermächtnißnehmer zu dem ganzen Vermächtnisse berufen ist und, beim Wegfalle eines der mehreren Vermächtnißnehmer, die übrigen das ganze Vermächtniß erhalten, weil sich dadurch der lediglich auf dessen Concurrenz beruhende Grund der Decrescenz ihres Rechts erledigt.)

Vergl. Code civ. art. 1044 und dazu Brauer, Erläut. über den Code Napol. II S. 464 ff. Thibaut, Lehrb. des franz. Civilr. § 255. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV § 726.

[1]) l. un. § 11 C. de cad. toll. (6, 51): — Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida ejus sit; quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex eorum quidem concursu prioris legatum minuatur; si vero nemo alius veniat, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii adcrescit, sed apud ipsum qui habet solida remaneat, nullius concursu deminuta ... Vergl. Unger, das österr. Erbr. § 63 Note 4.

[2]) Paul. l. 89 D. de leg. 3: Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur; item verbis, non etiam re, „Titio et Sejo fundum aequis partibus dolego:" quoniam semper partes habent legatarii ... Papin. l. 11 de usufr. accr. (7, 2): — si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset ... inter eos jus accrescendi non sit. cf. Gaj. II. 205: — si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, si quidem conjunctim, plane singulis partes debentur ... et in conjunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet. Paul. l. 7 D. de leg. 2: Si Titio et ei, qui capere non potest, decem legata sunt: quia duobus heres dare damnatur, et unus capere non potest: quinque sola Titio dantur.

[3]) Mit diesem sehr bestrittenen Punkte beschäftigt sich, unter Darlegung der verschiedenen Ansichten, die oben angeführte Abhandlung Burchardi's.

[4]) Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. IV def. 7: — si dicatur Titio et

Anwachſungsrechts in dem Falle einem Zweifel unterliegen, wenn die Umſtände dafür ſprechen, daß der Teſtator bei der Theilbeſtimmung eine Beſchränkung der Collegatare auf einen beſtimmten Theil gar nicht beabſichtigt habe.[1])

Maevio fundum aequis partibus do, lego: hic Titius et Maevius ad eundem fundum vocantur, et quamvis iis partes aequae attribuantur, tamen istae partes non sunt divisae, sed indivisae, nihilomagis rem dividentes, quam si expressae non essent. Carpzov, Opus Decis. P. II dec. 134 nr. 9: Quicquid vero sit de jure civili ex observantia fori Saxonici, in omni conjunctione tam reali et mixta, quam verbali, legatarii deficientis seu repudiantis legatum ad collegatarium conjunctum devolvi, et non ad heredem transmitti, docet Joh. Schneidwin., quam observantiam praejudiciis confirmat in Jurispr. for. ad Const. Elect. 2 part. 3 def. 14. — Schilter Exerc. ad P. XVII § 58: (Utrum inter conjunctos verbis tantum sit jus accrescendi quaeritur?) Affirmativa in foro nostro recepta est, idque recte atque ordine. Etsi enim stricta et rigorosa juris civilis ratio id non admiserit, ex aequo tamen et semel praesumto ex conjunctione favore collegatarii, potius quam heredis, etiam ad hanc conjunctionis speciem extendi placuit jus accrescendi ... Certe conjungit in hac specie testator duos etiam in ipsa re, etsi divisis statim partibus: praesumitur autem divisio partium adjecta non mutandi consilii causa, ne essent conjuncti in re, et ita in favorem legatariorum, ad evitandam litem divisoriam, aut ad praeferendum alterum alteri pro meritorum ratione. Cf. S. Stryk, Usus mod. P. Lib. VII tit. II § 2. Vergl. auch den in Carpzov, Jurispr. for. P. III const. II def. 14 mitgetheilten Spruch des Leipziger Schöffengerichts vom Febr. 1632: „Hat euer Ehe-Wirth und Vater in ſeinem Teſtament unter andern verordnet, daß alle ſeine Kleider, Bücher und andere Mobilien ſeinen 5 Söhnen, ingeſammt, jedoch in fünff gleiche Theile zu vertheilen ausgeſetzt ſeyn und verbleiben ſollen. Ob nun wohl der eine Sohn noch vor dem Vater Todes verfahren, So iſt doch deſſen Antheil an den praelegirten Stücken ſeinen Brüdern und alſo den andern Legatariis jure accrescendi zugefallen, und haben ſich demnach die geſammten Erben deſſen nicht anzumaßen."

[1]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 30. April 1822: — Wie bei den bloßen verbis conjuncti der Ausſchluß vom Anwachſungsrechte auf der Annahme beruht, daß der Teſtirer jeden der Collegatare auf den ihm zugewieſenen Antheil habe beſchränken wollen, ſo kann derſelbe nicht ſtatt finden, wenn aus dem Zuſammenhange oder aus den Umſtänden erhellt, daß die Angabe beſtimmter Antheile einen andern Zweck habe, z. B. zu entſcheiden, daß die Theilung nach Stämmen oder Köpfen Platz greifen ſolle. Iſt dies der Fall, ſo ſind die Collegatare in der That nicht bloße verbis conjuncti, ſie ſind vielmehr als re conjuncti zu betrachten.

Eine Erblaſſerin hatte ihren Ehemann zum Erben eingeſetzt und demnächſt beſtimmt:

daß nach des Erben Tode ihr Wohnhaus und 10 Bankobligationen

Diesen Standpunkt nehmen auch neuere Gesetzbücher ein:

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 689. „. . . ist das ganze Vermächtniß mehreren Personen ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen zugedacht; so wächst der Antheil, den einer von ihnen nicht erhält, den übrigen ebenso, wie den Miterben die Erbschaft zu —." [1])

Großherz. Hessischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. Abth. III Art. 154. „Was in den Art. . . 134 [2]) für die Erbeinsetzung vorgeschrieben ist, leidet auch auf Vermächtnisse Anwendung." [3])

---

den 3 R.schen und den 2 S.schen Kindern, nämlich zu 5 Theilen, zufallen sollen.

Einer der S'schen Söhne starb vor dem Erben. Der Erbe des Letzteren behauptete deshalb, jenes Vermächtniß sei zum 5. Theile erloschen. Doch wurde zu Gunsten der Collegatare erkannt, weil diese als re conjuncti zu betrachten seien, indem die Erblasserin durch den Beisatz „nämlich zu 5 Theilen" nicht die Beschränkung eines Jeden auf den 5. Theil, sondern nur die Ausschließung der Rücksicht, daß die Berufenen in ungleicher Zahl zwei verschiedenen Familien angehörten, habe anordnen wollen. (Seuffert, Archiv II Nr. 211.)

[1]) Unger § 63 Note 3 bemerkt dazu: Man könne freilich auch so argumentiren, daß mehrere Legatare, welche „ausdrücklich zu gleichen Theilen" berufen sind, wenn auch zu gleichen Theilen, so doch immer zu Theilen berufen, also in der That nicht mit demselben Gegenstand, sondern nur mit gleichen Theilen desselben Gegenstandes bedacht, somit nicht Collegatare, sondern nur verbis conjuncti seien. Allein gegen diese Auffassung lasse sich andererseits geltend machen, daß der Erblasser die mehreren Personen nicht auf gleiche Theile, sondern auf denselben Gegenstand zu gleichen Theilen eingesetzt habe, so daß die Mitbedachten nicht in Folge der Anordnung selbst (ab initio) partes habent, sondern daß erst hinterher concursu partes fiunt. In der That wollte der Erblasser durch den Beisatz „zu gleichen Theilen" nur dasjenige aussprechen, was ohnehin schon in der einfachen Berufung Mehrerer zu demselben Gegenstand von selbst enthalten ist, so daß in jenem Zusatz nicht die Position der Beschränkung jedes Berufenen auf den durch arithmetische Theilung sich ergebenden bestimmten Antheil, sondern nur die Negation ungleicher Theile (resp. der Stammtheilung) für den Fall der wirklichen Theilung, also eine bloße Angabe des Theilungsmodus zu sehen sei. Vergl. auch die oben S. 547 Note 4 mitgetheilten Motive zum Hessischen Entwurf.

[2]) Art. 134. „Wenn mehrere Erben, ohne Bestimmung ihrer Erbtheile oder unter dem allgemeinen Ausdrucke: zu gleichen Theilen, eingesetzt sind und einer derselben das ihm Zugedachte nicht annehmen kann oder will, so wächst der erledigte Erbtheil denjenigen an, deren Erbtheile der Erblasser unbestimmt gelassen hat."

[3]) Das Sächsische Gesetzb. verordnet dagegen § 2434. „Bedachten, welche . . . zwar zu demselben Vermächtnisse, aber mit Angabe, wie viel ein Jeder

Der gleichen Beurtheilung unterliegt nun auch der Fall, wenn nicht eine körperliche Sache, ſondern eine Quantität, insbeſondere eine Geldſumme, Gegenſtand des Mehreren zugewieſenen Vermächtniſſes iſt.[1]) — Hierfür hat ſich auch die gemeinrechtliche Praxis entſchieden.[2])

---

von ihnen davon erhalten ſoll, berufen ſind, ſteht ein Anwachſungsrecht nicht zu."

Gleichwohl iſt auch durch dieſe Vorſchrift die aus den Umſtänden ſich ergebende Auslegung der Willensmeinung des Erblaſſers im entgegengeſetzten Sinne nicht ausgeſchloſſen.

So beſtimmt der Code civ. art. 1044. Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement. — Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée." Die Franz. Jurisprudenz nimmt jedoch an: Lorsque le testateur, par une seule et même disposition, institue plusieurs individus légataires de tous ses biens, pour les recueillir et en jouir par portions égales, ce n'est point là assigner la part de chacun des colégataires dans la chose léguée. En conséquence, il y a lieu à accroissement. — Il en est de même aussi lorsque le testateur ajoute que les objets légués seront remis aux légataires par son exécuteur testamentaire, pour qu'ils les partagent entre eux. (Gilbert, Les Codes annotés de Sirey Vol. I art. 1044 Nr. 15. 18.)

Uebrigens führt Siebenhaar, Com. zu dem Sächſ. bürgerl. Geſetzb. III. S. 354 zur Erläuterung des gedachten § 2434 einen Fall auf, in welchem ein für mehrere Perſonen gemeinſchaftlich angeordnetes Summenvermächtniß gar nicht vorliegt, nämlich: „Dem A und B legire ich Ein Tauſend Thaler, von welchen jeder derſelben fünf Hundert erhalten ſoll." Hier ſind zwei beſondere Legate von je 500 vorhanden. Es fehlt daher jede Gemeinſchaftlichkeit, welche das Anwachſungsrecht begründen könnte.

Gleicher Art iſt der von Dr. Meyer in der Juriſt. Zeitſchr. für das K. Hannover XVII S. 1 f., 20 f., 33 f. beſprochene Rechtsfall: „Den beiden Kindern meines Bruders vermache ich 1200 Thlr., wovon der Sohn 500 Thlr., die Tochter 700 Thlr. erhält." Letztere iſt vor dem Teſtator geſtorben. Erſterer hat in Folge deſſen auf das Anwachſungsrecht keinen Anſpruch, ſondern nicht mehr als 500 Thlr. zu fordern.

Anders lag der in einem Erkenntniſſe des A.-G. zu Dresden von 1845 (Wochenblatt für merkwürd. Rechtsfälle 1845 S. 268) behandelte Rechtsfall. Das Teſtament lautete: „Ich vermache den Schweſtern Amalie und Mathilde zuſammen 1000 Thlr." Mathilde ſtarb vor dem Teſtator. Hier findet das Anwachſungsrecht ſtatt, da es dem vermuthlichen Willen des Teſtators entſpricht. Hätte er es nicht gewollt, ſo würde er jeder Schweſter 500 Thlr. legirt haben.

[1]) So beſtimmt auch das Baieriſche Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 13. „Stehen mehrere Collegatarii in einem Vermächtniſſe beyſammen, und will oder kann einer aus ihnen ſeinen Legats-Antheil nicht

Ein Testator hatte verordnet:

„Sollte die ernannte Erbin vor mir sterben, so bestimme ich aus meinem Nachlasse die Summe von 5000 Thlrn. zu einem Vermächtnisse für deren beide Brüder, dergestalt, daß sie oder ihre ehelichen Nachkommen, falls einer oder beide nicht mehr am Leben sein sollten, sich obige Summe in zwei gleiche Hälften theilen mögen."

Die Bedingung dieses Vermächtnisses trat ein. Es entspann sich nun ein Rechtsstreit über das Anwachsungsrecht, weil der eine der beiden Collegatare noch vor dem Testator ohne Nachkommen gestorben war und der Erbe sich weigerte, mehr als die Hälfte des Legats an den überlebenden Bruder des Weggefallenen auszuzahlen. Zwar ging man beiderseits davon aus, daß das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen auf dem vermuthlichen Willen des Erblassers beruhe und davon abhängig sei; allein der beklagte Erbe berief sich darauf, daß der Erblasser in Betreff des angeordneten Legats die Theile der Collegatare bestimmt habe und daß, wo dies geschehen, die Absicht angenommen werden müsse, daß jeder Theil ein selbständiges Legat sein solle. Die erste Instanz entschied auch zu Gunsten des Erben. In Folge des ergriffenen Rekurses ward aber das Urtheil zu Gunsten des Klägers reformirt [3]) und diese Entscheidung im Wesentlichen darauf gebaut, daß, obgleich die alte Regel: partibus collegatariorum a testatore adjectis, cessat jus accrescendi in legatis, beim Vermächtniß von Geldsummen noch gelte, da sie nur für das legatum certarum rerum ausge-

---

haben, so fällt solcher ... dem Collegatarius zu ..., welches auch statt hat, wenn das Vermächtniß in Quantitate, das ist, in gewisser Zahl, Maaß oder Gewicht bestehet..."

Ferner die Neu-revidirte Willkür der Stadt Danzig von 1761 Th. II Cap. 6 Art. 17: „... Wären aber verschiedenen Personen gewisse Summen zusammen vermachet, und dabey nicht ausdrücklich verordnet worden, daß die Erben eines versterbenden Legatarii desselben Antheil haben solten, so fället eines solchen Legatarii Portion denen andern Legatariis jure accrescendi zu."

[2]) Vergl. Carpzov (Jurispr. for. P. III const. II def. 14), welcher folgenden Spruch des Leipziger Schöffengerichts vom December 1590 mittheilt: „Hat Margeretha S. Eheweib in ihrem Testament ihren zweyen Schwestern und zweyen Schwester Töchtern, und also zugleich fünff Personen 200 fl. jedoch dergestalt, daß einer jeden 40 fl. zukommen solten, beschieden und vermacht, zu dem Uebrigen aber ihren Ehemann zum Erben eingesetzt. Und es seyn von solchen 5 Personen noch bey Leben der Testirerin etliche mit Tod abgangen, So ist berührter ihr Ehemann den überlebenden das gantze Legatum der 200 fl. vollständig zu entrichten schuldig, und hat er der Verstorbenen Antheil sich anzumaßen nicht Fug."

[3]) durch das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 19. Novbr. 1859 (Seuffert, Archiv XIV Nr. 104).

hoben sei, dieselbe hier doch nicht Platz greife, weil die Rücksicht auf Theilbestimmung des Testators dann wegfalle, wenn erhelle, daß der Wille des Testators darauf gerichtet gewesen, das Vermächtniß den Collegataren als ein Ganzes zuzuwenden . . .[1])

Hiermit stimmt auch ein Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 13. März 1861 überein:

M verordnete im § 4 seines Testaments: „Vermache ich vor mein Bruder seine zurückgelassenen 5 Kinder, nämlich Marie, Rosalia, Anna, Louise und Katharina 2000 fl. . . . sind auf fünf gleiche Theile zu vertheilen." Marie und Rosalie starben noch vor M. Die Universalerbin B wollte den drei übrigen Kindern jedem nur 400 fl. auszahlen. Diese begehren nun mittelst Klage das ganze Legat, resp. die rückständigen 800 fl. Die erste Instanz wies dieses Begehren ab; die zweite und dritte Instanz gaben demselben statt.

Gründe der dritten Instanz: „. . . . Die Anordnung des § 4 des Testaments ist wohl zu unterscheiden von dem Falle, wenn M erklärt hätte, daß er jeder der 5 Töchter seines Bruders 400 fl. vermache, oder daß er der Marie $^1/_5$ eines Capitales pr. 2000 fl. u. s. w. hinterlasse. Denn wenn auch unter Voraussetzung des Daseins der Berufenen dasselbe Ergebniß einträte, so hat doch das Gesetz (§§ 560, 689 a. b. G. B.) und zwar mit Recht — in Anwendung der in den allgemeinen Auslegungsregeln niedergelegten Grundsätze — jener Verfügung, welche mehrere Personen zusammen ungetheilt oder auch mit der ausdrücklichen allgemeinen Anordnung der Theilung in ebenso viele gleiche Theile zur Nachfolge in ein Ganzes beruft, einen weitern und namentlich den Sinn beigelegt, daß der Erblasser dieses Ganze allen dazu berufenen Personen und jeder derselben, soweit sie mit Beachtung der Concurrenz der Mitberufenen verlangen kann, zugedacht wissen will. Wenn auch im gegebenen Fall der Erblasser bei der Anordnung der Vertheilung in gleiche Theile auch die Zahl der Theilnehmenden und der Theile genannt hat, so hat er hiemit doch nicht das, was er der Marie, der Rosalia u. s. w. zubachte, ausdrücklich und unbedingt nur auf $^1/_5$ der Capitalssumme von 2000 fl. beschränkt, und es kann eine solche Beschränkung um so weniger in den Worten und in dem Sinne des Testaments gefunden werden, nachdem

[1]) Burchardi a. a. O. S. 28 f. Einen Fall entgegengesetzter Art behandelt Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. IV def. 7 (unter der Ueberschrift: Si duobus legatariis iisque singulis quatuor millia sint legata, eos non esse verbis conjunctos): — Si una eadem summa duobus legata sit: ut, si testator dixerit, „Titio et Maevio quatuor millia do, lego," hi conjuncti sunt, et inter eos jus accrescendi locum habet. At in proposita specie R. et A., licet verbis conjungantur, tamen ad eandem summam non vocantur, sed per verbum „singulis" ad separatam singuli summam quatuor millium vocantur...

> er im Schluß des bezüglichen Artikels nicht von fünf besonderen Legaten, sondern nur von Einem diesfälligen Gesammtlegat spricht, welches ein Jahr nach seinem Tode ohne Abzug ausgezahlt werden soll, und welches demnach, insoweit Antheilnehmer entfallen werden, vermöge des Zuwachsrechts an die re et verbis Mitberufenen zu gelangen hatte." (Glaser's und Unger's Samml. von civilr. Entsch. des k. k. obersten Gerichtsh. III. Nr. 1283.)[1])

Fragen wir nun nach den Vorschriften unseres Landrechts, so erscheint wohl von vornherein die Annahme berechtigt, daß die Redactoren desselben von der damals herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht nicht haben abweichen wollen. Dies ist denn auch, wie die Materialien ergeben, von Suarez deutlich genug ausgesprochen, indem derselbe in seinen amtlichen Vorträgen über die Schlußrevision des Gesetzbuches[2]) im Allgemeinen sagt:

> „es sei in demselben das jus accrescendi konservirt und nur durch Aufhebung der allzu subtilen Unterscheidungen zwischen den verschiedenen Arten der Konjunktionen möglichst zu simplificiren gesucht worden."

und an einem andern Orte bei der Darstellung der verschiedenen Arten des Zuwachsrechts die Bemerkung macht:[3])

> „legatarii conjuncti seien in Ansehung der vermachten Summen und Sachen als Miterben anzusehen und soweit bei Miterben ein jus accrescendi stattfinde, soweit finde dies auch bei den legatariis statt —"

---

[1]) Vergl. das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 19. Mai 1859 (ebendas. II Nr. 796), welches folgenden Rechtsfall betrifft: In einem Testamente war den sieben Kindern der Julie A „im Ganzen 14,000 fl. zu gleichen Theilen" vermacht. In einem späteren Codicille beschied die Erblasserin zweien jener Kinder, den Brüdern Joseph und Emil A, ein anderes Legat an die Stelle des früheren für ungültig erklärten Vermächtnisses. In Folge dessen nahmen nach dem Tode der Testatrizin die übrigen fünf Geschwister die ganzen 14,000 fl. in Anspruch. Der oberste Gerichtshof hat auch ihrem Antrage gemäß erkannt, „weil im Testamente nicht jedem einzelnen Kinde eine bestimmte Summe vermacht worden ist, sondern ihnen zusammen im Ganzen 14,000 fl.; weil die Erblasserin später für zwei dieser Kinder ein anderes Legat und zwar mit dem Beisatze bestimmt hat, daß diese Verfügung an die Stelle der im Testamente diesen beiden ausgesetzten Legate zu treten habe, daher diese beiden letztwilligen Anordnungen in ihrem Zusammenhange sich wohl nur dahin verstehen lassen, es sei der Wille der Erblasserin gewesen, daß an dem Legate von 14,000 fl. für die Kinder der Julie A. nur die zwei Brüder Joseph und Emil A keinen Theil haben sollen, sondern dieses Legat ungeschmälert den übrigen Kindern zufallen solle."

[2]) v. Kamptz, Jahrb. B. 41 S. 79.

[3]) Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 166 f.

ein Beweis, daß auch eine bloße Verbalconjunction bei Legataren zur Begründung des Anwachsungsrechtes für zureichend angesehen ist.

Hiernach dürfen wir uns an die, allerdings übel gewählte Ausdrucksweise des § 368 „zugleich und ungetheilt beschieden" nicht stoßen, zumal schon der folgende § 369 außer allen Zweifel setzt, daß damit der Fall, wenn „der Testator die Quoten eines jeden Legatarii an dem ganzen Vermächtnisse bestimmt hat," nicht hat ausgeschlossen werden sollen.[1])

Mit Recht hat daher auch unser Ober-Tribunal in dem Präjudiz vom 19. December 1842 Nr. 1235[2]) ausgesprochen:

> „Die wirkliche Theilung einer mehreren Mitgenossen vermachten Geldsumme ist da noch nicht vorhanden, wo deren Theilnahmerechte nach Quoten, und nicht nach bestimmt ausgedrückten Summen in dem Testamente des Erblassers angeordnet sind."

204. Ein Testator verordnet:

> „Von den 200 Thlrn., welche A mir schuldig ist, erlasse ich ihm die Hälfte. Die andere Hälfte soll er an B zahlen."

Hier ist die Voraussetzung des Anwachsungsrechts nicht gegeben, es möge nun A oder B wegfallen. Es liegen vielmehr zwei besondere, auf verschiedene Gegenstände gerichtete Vermächtnisse vor — das Vermächtniß eines Schulderlasses (liberatio legata) und einer Schuldforderung (nomen legatum). Das Wegfallen des einen läßt daher das andere unverändert.

205. Von anderer Art ist der Fall, wenn an einem Grundstücke dem A der Nießbrauch, dem B die Proprietät vermacht ist. Stirbt A noch bei Lebzeiten des Testators oder schlägt er das Vermächtniß aus, so kommt dies nicht dem Erben, sondern dem B zu Gute, indem dieser nun die Sache, frei von dem darauf gelegten

---

[1]) Vergl. hierüber die oben angeführte Abhandl. von Contenius, welche zu dem ganz richtigen Ergebnisse gelangt:

> „daß das A. L. R. allen den Legataren, welchen der Testator eine Sache zum gemeinschaftlichen Eigenthum, überhaupt irgend ein Vermögensobjekt gemeinschaftlich, d. h. ohne Angabe reeller Theile für die Einzelnen, als Vermächtniß beschieden hat, den Zuwachs gewährt, gleichviel ob der Testator diese Legatare in wörtlicher Konjunktion honorirt hat oder nicht, gleichviel ob er ideelle Theile am Gegenstande des Legats, gleichviel ob er gleiche oder ungleiche für die Legatare festgesetzt hat, vorausgesetzt natürlich überall, daß die Accrescenz nicht ausdrücklich vom Testator verboten worden. (§ 372 Tit. 12 Th. I.)"

[2]) Samml. der Präj. S. 75.

Nießbrauche, erwirbt.[1]) Allerdings läßt sich auch hier nicht von einem unter Legataren bestehenden Anwachsungsrechte sprechen. Das einer einzelnen Person zugedachte Nießbrauchslegat ist seiner Natur nach mit dem Wegfallen des Berechtigten erlöschen, es kann daher einem Andern nicht zufallen. Dieses Erlöschen des durch das Testament bestellten Nießbrauches, als eines Rechtes an einer fremden Sache, hat aber von selbst die Befreiung dieser letzteren von der ihr auferlegten Last zur Folge. B als Proprietar erwirbt daher nicht etwa den durch den Tod des A erledigten Nießbrauch — gleich als einen ihm durch die Konkurrenz des A entzogen gewesenen Theil des Eigenthums an der ihm vermachten Sache[2]) — sondern es beseitigt sich nur die vom Testator angeordnete Beschränkung des ihm zugewiesenen Eigenthums, wodurch von selbst eine (innere, nicht äußere) Erweiterung seiner Eigenthumsmacht in der Art eintritt, daß das ihm als Eigenthümer zustehende Nutzungsrecht wieder auflebt. Ebendeshalb macht es auch keinen Unterschied, ob A vor oder nach dem Anfalle des Legats wegfällt.

206. Unser Landrecht berührt die Frage nicht:

> ob der Legatar den vermöge des Anwachsungsrechtes ihm zufallenden Antheil ausschlagen könne.

Ebendeshalb muß die in Ansehung des Erben gegebene Vorschrift des § 286, wonach jene Frage unbedingt zu verneinen ist, analog zur Anwendung kommen. Es kann dies um so weniger einem Bedenken unterliegen, als nach den oben S. 621 mitgetheilten Bemerkungen Suarez's der Gesetzgeber in Ansehung des Zuwachsrechtes die Legatarien den Erben gleichgestellt und zugleich „die allzu subtilen Unterscheidungen zwischen den verschiedenen Arten der Konjunktionen" aufgehoben wissen wollte.[3])

---

[1]) Papin. l. 33 pr. D. de usufr. (7, 1): Si Titio fructus, Maevio proprietas legata sit, et vivo testatore Titius decedat, nihil apud scriptum heredem relinquetur; et id Neratius quoque respondit.

[2]) Paul. l. 25 pr. D. de V. S.: Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus sit, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Julianus, et est verius.

[3]) Auf diesem seinen Unterschiede zwischen Legataren, welche re, und solchen, welche re et verbis conjuncti sind, beruht aber gerade der römische Rechtssatz, wonach nur bei den Ersteren, als direkt und primär zu dem Ganzen Gerufenen, das Accrescenzrecht unabweislich eintritt, während bei den Letzte-

Auch das Oesterreichische Recht kennt diese Unterscheidung nicht und legt daher dem Anwachsungsrechte unter Legataren überall dieselbe Wirkung wie unter Erben bei.[1]) Ebenso das Französische Recht.[2]) Das Sächsische bürgerl. Gesetzbuch folgt dem römischen Recht.[3])

---

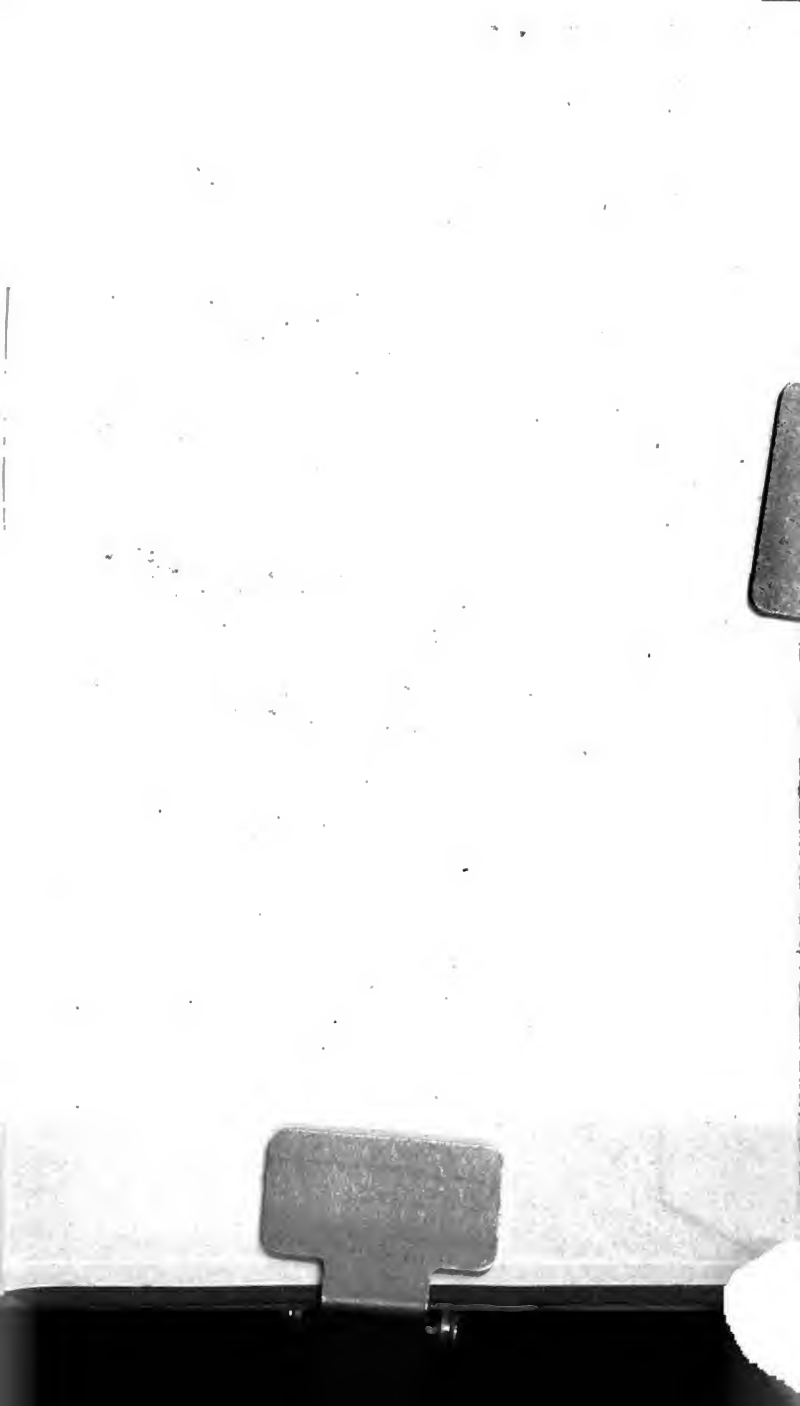
ren, von denen von Haus aus jeder nur in Gemeinschaft mit Andern, nicht für sich, mit dem Ganzen bedacht, also im Grunde nur zu einem Antheil berufen ist, der freigewordene Theil den Collegataren nicht aufgedrungen werden soll, sondern ihnen nur mit ihrem Willen, dagegen aber auch cum suo onere zuwächst. l. un. § 11 C. de cad. toll. (6, 51). Unger, § 63 Note 4.

[1]) Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 689. Unger a. a. O.

[2]) Vergl. Marcadé, Abriß des Franz. Civilr. (Ins Deutsche übertragen von A. Pfaff) I. S. 380: Der so einfache Satz, daß die Berufung zum Ganzen die Verbindung macht und den Zuwachs veranlaßt, führt augenscheinlich zu einer leichteren Beantwortung von Fragen, die oft bestritten worden sind. Wenn z. B. Einer von zwei berufenen Legataren wegfällt, dann kann der Zweite nicht sagen, er wolle nur seine Hälfte nehmen, ohne die des Wegfallenden damit zu verbinden; er muß das Ganze nehmen, oder das Ganze ausschlagen, weil er zum Ganzen berufen ist und immer berufen war.

Thibaut, Lehrb. des französ. Civilr. § 255 bemerkt: Der Code übergeht die wichtige Frage, ob der Collegatar sich das jus acer. muß gefallen lassen. Nach der Vernunft sollte man diese Frage verneinen; denn im Grunde ist doch die portio accrescens etwas, was der Testator, wenn man sein Testament im Zusammenhange betrachtet, dem Legatar, dem man das jus acer. gestattet, nicht gab, also ein neues commodum, welches als solches abgelehnt werden kann.

[3]) § 2431. „Ist ein und dasselbe Vermächtniß Mehreren in getrennten Sätzen hinterlassen, so wächst, wenn einer wegfällt, der dadurch erledigte Theil den übrigen an. Die letzteren können, wenn sie das ihnen hinterlassene Vermächtniß annehmen, den Antheil des Wegfallenden nicht ausschlagen, brauchen aber die Auflagen, mit welchen der Wegfallende beschwert war, nicht zu erfüllen. § 2432. „Ist ein und dasselbe Vermächtniß Mehreren ohne Angabe, wie viel ein Jeder von ihnen erhalten soll, in einem Satze hinterlassen, so steht, wenn einer wegfällt, den übrigen die Wahl zu, ob sie den erledigten Theil annehmen oder ausschlagen wollen; sie müssen aber, wenn sie denselben annehmen, die Auflagen, mit welchen der Wegfallende beschwert ist, erfüllen."

768410 BIBLIOTECA NAZIONALE V. E. III NAPOLI

Verlag der G. Grote'schen Verlagsbuchhandlung (C. Müller) in Berlin.
Druck von Griebsch & Müller in Hamm.